

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA DE DERECHO



**NECESIDAD DE UN CONTROL PREVENTIVO PARA LAS FUSIONES,
ADQUISICIONES Y CONCENTRACIONES EMPRESARIALES**

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADO

AUTOR

CARLOS RODRIGO ARBULU VILLACORTA

ASESOR

Mtro. MANUEL FRANCISCO PORRO RIVADENEIRA

Chiclayo, 2019

Dedicatoria

A mis padres por la paciencia que han tenido a lo largo de este tiempo de carrera, mostrándome siempre su amor y apoyo incondicional y a Diana quien siempre me llevó a lograr mis metas y nunca darme por vencido.

Resumen

Las empresas crecen económicamente de distintas formas incluyendo a las fusiones o adquisiciones, lo cual puede llegar a generar un monopolio o un oligopolio, lo cual no es malo en principio, sin embargo, existe la posibilidad de que esto genere un perjuicio en la población mediante el ejercicio abusivo de su posición de dominio, o mediante la concertación de precios, lo que si bien se encuentra regulado y prohibido por la misma constitución, y salvaguarda el mercado, sin embargo este es un control posterior, el cual solo se ve necesitado ante la aparición un daño, es por ello que se plantea la necesidad de control preventivo para las fusiones, adquisiciones y concentraciones empresariales en general, pues si bien hay un control para el ámbito eléctrico, sabemos que el mercado tiene una amplia variedad de negocios y ramas en las que se desarrolla. Es por ello la imperante necesidad de regular este tipo de situaciones para minimizar los perjuicios, o evitar en su mayoría que esto suceda, caso contrario, puede que la estabilidad en el mercado se vea afectada de tal manera que se termine en un desequilibrio económico irreversible, la regulación brindaría una mayor seguridad al mercado peruano, y a todos los consumidores.

Palabras clave: Control previo – Control posterior – Fusiones – Adquisiciones – Concentraciones empresariales.

Abstract

Companies grow economically in different ways, including mergers or acquisitions, which can generate a monopoly or an oligopoly, which is not bad in principle, however, there is a possibility that this will cause harm to the population through the abusive exercise of its dominant position, or through the collusion of prices, which although it is regulated and prohibited by the same constitution, and safeguards the market, however, this is a subsequent control, which is only needed in the face of the occurrence of damage, that is why the need arises for prior preventive control for mergers, acquisitions and business concentrations in general, because although there is a control for the electrical field, we know that the market has a wide variety of business and branches in which it develops. That's why the prevailing need to regulate these types of situations to minimize the damage, or to prevent this from happening, otherwise, stability in the market may be affected in such a way that end in an irreversible economic imbalance, the regulation would provide greater security to the Peruvian market, and all consumers.

Keywords: Prior control - Subsequent control - Mergers - Acquisitions - Business concentrations.

Índice

Resumen.....	3
Abstract	4
Introducción	7
Capítulo I – Fusiones, Adquisiciones y Concentraciones: régimen jurídico de las concentraciones empresariales en el Perú	10
1.1- Precisión conceptual.....	10
1.1.1- Concentraciones.	11
1.1.2- Fusiones.	14
1.1.3- Adquisiciones.....	17
1.2- Principios constitucionales para la regulación de las concentraciones empresariales	20
1.2.1- La economía social de mercado.....	20
1.2.2- Las Libertades Económicas.	21
1.2.3- Principio de subsidiariedad y las consecuencias de un excesivo proteccionismo por parte del Estado.....	25
1.2.4- Los Monopolios su regulación en la Constitución de 1993.	28
1.3- Regulaciones en el mercado peruano	31
1.3.1- Derechos del consumidor, conforme a su protección y defensa en la ley N° 29571 y el Decreto Legislativo N°1034 que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.	31
1.3.2- Control de Precios, basados en los casos y sanciones recientes emitidos por INDECOPI.	35
1.3.3- Abuso de la posición de dominio, y su control conforme al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia - INDECOPI.....	38
Capítulo II - Análisis comparado sobre el control preventivo en las concentraciones empresariales.....	42
2.1 Estados Unidos, sus leyes antimonopolio y su regulación	42
2.2 Argentina, sus leyes antimonopolio y su regulación	51
2.3 La Comunidad Europea, y su regulación antimonopolio	62
2.4 Colombia y su legislación Antitrust	75
2.5- Cuadro comparativo entre la legislación internacional y nacional:.....	81
Capítulo III – Propuesta de regulación para el control preventivo en las fusiones, adquisiciones y concentraciones empresariales	83

3.1- Antecedentes de estudio	83
3.1.1- Control preventivo de adquisiciones y fusiones en la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico y su Reglamento – Ley N°26876.	83
3.2.- Necesidad de un control preventivo de fusiones, adquisiciones y concentraciones empresariales.....	95
3.3- Propuesta de un proyecto de ley que regule las fusiones, adquisiciones y/o concentraciones empresariales.....	110
3.3.1- Introducción.....	111
3.3.2- Objetivo.....	111
3.3.3- Alcance.	111
3.3.4- Formulación de propuesta legislativa:	111
3.3.5- Diferencias entre la propuesta legislativa planteada y la propuesta aprobada.....	120
CONCLUSIONES	125
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	127

Introducción

El Perú es una fuente de oportunidades laborales y de gran desarrollo económico, haciendo esto que nuestro país resulte atractivo, tanto para la inversión extranjera como para la inversión nacional, lo cual significa que las empresas se constituyan en el territorio, o lleguen empresas a continuar con sus funciones ya establecidas, lo cual en un mercado competitivo, significa que las empresas entrarán en disputa.

En el Perú como en otros países se fomenta la libre competencia, sin embargo también se ejerce un control, siendo que por ahora, en comparación a otros países, se está controlando, los acuerdos entre las empresas, ya sea estableciendo los precios del mercado, o devaluando sus precios para desaparecer a la competencia; luego hay un control establecido cuando una empresa hace un uso inadecuado de su posición de dominio en el mercado; y hay un tipo de control no establecido hasta el momento en el Perú, y es el de control de fusiones y adquisiciones empresariales, el cual busca evitar el abuso de poder de la misma a través de las concentraciones, es por ello que se está buscando este tipo de control.

En la actualidad el INDECOPI se encuentra limitado en su actuación no pudiendo hacer algo para evitar este tipo de situaciones. En el Perú suceden casos que no ocurren en otra parte; fusiones de empresas con amplio poder en el mercado, las

cuales luego de realizar estas acciones comenzaron abusar de su poder de dominio en el mercado, poniendo trabas a los competidores o concertando precios.

Bajo este esquema, advertida y anotada la problemática, podemos analizar que el presente trabajo de investigación trata de responder la siguiente interrogante ¿Por qué es necesario un control preventivo para regular las fusiones, adquisiciones y concentraciones empresariales en Perú?

Todo ello se desarrolla en base a la hipótesis de que si se llegase a regular de manera adecuada un control preventivo para las fusiones, adquisiciones y concentraciones empresariales, se protegería el mercado y a los consumidores en general de los abusos de posición de dominio por parte de los empresarios, y la concertación de precios.

Siendo que, de esta manera tenemos por objetivo principal el proponer la regulación de un control preventivo adecuado, para las fusiones, adquisiciones y concentraciones empresariales, y por objetivos específicos el de definir las formas de concentración empresarial en el país, junto con la regulación nacional existente en materia de protección al consumidor y al mercado peruano; realizar un análisis comparado sobre el control preventivo de las contrataciones empresariales en distintos países de América y de la Comunidad Europea; realizar un breve análisis de la regulación existente en el sector eléctrico, respecto a las concentraciones empresariales; y finalmente formular un adecuado proyecto de ley, para que se regule las fusiones, concentraciones y adquisiciones empresariales de manera correcta.

El presente trabajo se encuentra estructurado en tres niveles, donde se busca comprender el desarrollo y la necesidad imperante de que el estado peruano, utilice un medio de defensa, el cual proteja al mercado y a los consumidores, no simplemente una vez que se haya cometido la infracción, habiéndose generado un daño tal vez irreparable, sino que busque protegerlo antes de la infracción, cumpliendo con su deber de ser un estado vigilante y no solo sancionador.

En el primer capítulo se busca dar a conocer las precisiones conceptuales de las fusiones, adquisiciones, y concentraciones empresariales, así como también se busca lograr establecer de manera clara, cual es el rol del Estado al momento de proteger al consumidor y al mercado, es por ello que se habla además de las leyes establecidas por el INDECOPI, al igual que las establecidas por nuestra propia carta magna.

En el segundo capítulo, se ve la realidad de distintos países al haber realizado un control preventivo de las fusiones y adquisiciones empresariales, las cuales a lo largo de los años solo han conseguido distintos beneficios, y si bien no es un control perfecto como se podrá apreciar, se ve que existe un control posterior, que sanciona de manera efectiva, a aquellos que infringen la normativa.

Finalmente en el tercer capítulo se verá porque es necesario el control previo en el Perú, país con amplio crecimiento económico, demostrando además que las posturas en contra de este control, son posturas fundamentadas en posiciones muchas veces antiguas y desacreditadas, concluyendo que un adecuado proyecto de ley podría ser beneficioso para todos.

Este tipo de control es necesario puesto que de esta manera se estaría bloqueando el posible abuso de poder de las empresas que ostenten una posición importante en el mercado ya sea a manera de monopolio, sino también de aquellas que presenten un oligopolio en el mercado, pues al ser las cabezas, son las que dirigen todo el entorno social, existe la posibilidad que si una empresa tiene una posición de dominio en el mercado puede abusar de ella y elevar los precios de sus productos, perjudicando a los consumidores. Se trata, entonces, de fomentar la competencia, impidiendo las prácticas anticompetitivas para que no haya siquiera la posibilidad de poder abusar.

El método que se ha aplicado en el trabajo para el cumplimiento de los objetivos propuestos es el analítico descriptivo.

CAPÍTULO I

Capítulo I – Fusiones, Adquisiciones y Concentraciones: régimen jurídico de las concentraciones empresariales en el Perú

El primer capítulo ha sido denominado “Fusiones, Adquisiciones y Concentraciones: régimen jurídico de las concentraciones empresariales en el Perú”, por la importancia en el desarrollo de este proyecto de los términos antes mencionados, pues es en base a ellos y a su regulación dentro de nuestro sistema jurídico que se desarrollara la presente investigación, todo ello con la finalidad de comprender su importancia y la necesidad de regular vacíos existentes en nuestra normativa.

1.1- Precisión conceptual

La compra de una empresa por parte de otra (adquisición) o la unión de dos o más empresas, dando lugar a una de mayor envergadura económica (fusión) constituyen, actualmente una de las maneras más comunes para ganar dimensión y competitividad. Generalmente este tipo de operaciones empresariales encuentra su motivación ya sea ante una amenaza o ante una oportunidad en el mercado.

En el mundo globalizado en el que vivimos y con el crecimiento económico paulatino que presenta el país año a año, las empresas se ven en la necesidad de actualizarse o mejorarse por así decirlo, buscando conseguir una mayor participación, ya sea en

su propio ámbito de desarrollo o buscando incursionar en un nuevo rubro. Es por ello que, a continuación, se estudiara el tema de las fusiones y adquisiciones empresariales y los tipos de concentración que existen, todo ello para fundamentar la necesidad de un adecuado control preventivo.

Debemos considerar que el presente trabajo se encuentra estructurado con la finalidad de determinar la necesidad de un control preventivo, realizado a través del INDECOPI, y en base a la normativa nacional vigente, pues si bien existe un control preventivo en el Sector Eléctrico, este control será analizado dentro del tercer capítulo mientras que en el presente apartado nos dedicaremos a la definición conceptual de los términos empleados, así como la regulación nacional vigente en la materia como las libertades económicas reguladas en nuestra constitución, haciendo mención a dos tipos de monopolios existentes en la actualidad, y regulados por nuestra carta magna, todo ello con la finalidad antes mencionada, y es la de determinar la necesidad de un control previo para las concentraciones empresariales, entendidas como la fusión o la adquisición de dos o mas empresas.

1.1.1- Concentraciones.

En el tema de los grupos de empresas o concentraciones empresariales se debe analizar desde su inicio, su constitución o estructuración, pues a nuestro criterio deben regularse de manera jurídica y con sumo cuidado, para que su funcionamiento y desarrollo sea adecuado y controlado, caso contrario podría caer en conductas perjudiciales para los consumidores¹.

En este apartado debemos diferenciar entre las concentraciones horizontales y las concentraciones verticales; siendo que las primeras son aquellas en las cuales las empresas participantes en la operación de adquisición, o fusión empresarial son competidoras en el mercado, es decir tienen el mismo desarrollo comercial dentro del país. Mientras que las concentraciones empresariales verticales implican por su

¹ HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. *Intereses afectados por la formación de los grupos de empresas y sus mecanismos de protección*, GACETA JURIDICA, Tomo 60 - Noviembre 1998. P.1

parte, la fusión o adquisición de empresas cuya relación es más la de proveedor-cliente².

Los tipos de concentración mencionados anteriormente tienen una relación directa con el impacto que estas puedan tener sobre el funcionamiento adecuado de los mercados y el posible grado de competencia que presenten. Como se explicó el primer tipo de concentración horizontal implica una modificación inmediata del mercado puesto que si bien las empresas antes eran competidoras, ahora van a pasar a formar una sola empresa con mayor participación a nivel nacional.

Los principales efectos que se podrían dar son dos. El primero sería, la creación de una nueva empresa, con mayor participación en el mercado; y, el segundo, la disminución del número de competidores efectivos. De ese modo se volvería más sencilla la aparición de prácticas monopólicas como el abuso de la posición de dominio o la fijación de precios; y cabe decir que son este tipo de concentraciones las que presentan amenazas desde el punto de vista de defensa de la competencia³.

En el caso de las concentraciones horizontales, los riesgos presentados a la competencia son de dos tipos; unilaterales y coordinados⁴. Los primeros están referidos al hecho de que la concentración eliminaría la competencia de las empresas, lo que podría permitir que la empresa resultante alcance un poder de mercado amplio, por el que pueda regirse sin tener que consultar nada en el mercado; y los segundos, los riesgos de coordinación, consiste en la reducción del

² *El control previo de las concentraciones y fusiones y la defensa de la competencia en los mercados*, [ubicado el 19 de Abril del 2017]. Obtenido en: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/00A6A0BDA7BB6B140525804500757AC0/\\$FILE/NOTA210116.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/00A6A0BDA7BB6B140525804500757AC0/$FILE/NOTA210116.pdf) p.1-2

³ *El control previo de las concentraciones y fusiones y la defensa de la competencia en los mercados*, [ubicado el 19 de Abril del 2017]. Obtenido en: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/00A6A0BDA7BB6B140525804500757AC0/\\$FILE/NOTA210116.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/00A6A0BDA7BB6B140525804500757AC0/$FILE/NOTA210116.pdf) p.1-3.

⁴ BULLARD, Alfredo; FALLA, Alejandro; ROLDÁN, Nicole. *In God we Trust, all Others Bring Data. ¿Debe haber un control de fusiones empresariales en el Perú?*, [Ubicado el 12 de Mayo del 2017]. Obtenido en http://www.lampadia.com/archivos/Control_de_Fusiones_214962_Alfredo-Bullard.pdf p.7

número de competidores, de modo que la empresa resultante puede coordinar de manera sencilla su actuar limitando el mercado.

Se señala que las concentraciones empresariales no sólo pueden dañar el bienestar de los consumidores. La lista de afectaciones es amplia iniciando en mayores precios y menor calidad a los consumidores, pero también reducir los gastos en investigación y desarrollo, bajar posibilidades de negociación de los proveedores, disminuir espacios a las micro y pequeñas empresas y achicar el nivel de actividad económica para ejercer una mayor presión sobre los precios⁵. Adicionalmente tenemos que, las concentraciones empresariales o monopolios reducen el bienestar de una sociedad⁶, fundamentalmente porque cobran un precio por encima del que debería de ser y restringen la cantidad ofrecida.

Es por ello que el Banco Inter-Americano de Desarrollo⁷ afirma que el control de las concentraciones empresariales se justifica por la posible realización de operaciones de concentración que pueden plantear un problema a la competencia al establecer estructuras de mercado que limiten o restrinjan la competencia en perjuicio de los consumidores.

Tenemos por ejemplo la existencia de algunas consecuencias estrictamente hablando de las concentraciones bancarias, que en muchos casos presentan altos tipos de interés, reducción de la oferta y la demanda de crédito, márgenes de intermediación bancaria y transferencias de riesgos al sector real en temas de inversiones, lo cual denota un perjuicio económico a todos los usuarios⁸.

⁵ GESTION. *Control de Fusiones: propuesta del congresista Lescano*, 2016 [ubicado el 19 de Abril del 2017]. Obtenido en <http://blogs.gestion.pe/heredias-economicas/2016/12/control-de-fusiones-propuesta-del-congresista-lescano.html>.

⁶ PERÚ21. *Proyecto de ley sobre concentración empresarial bajo análisis*, 2016 (ubicado el 19 de Abril del 2017). Obtenido en <http://peru21.pe/economia/proyecto-ley-concentracion-empresarial-bajo-analisis-2258711>.

⁷ INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK. *El control de concentraciones empresariales*, 2004 [ubicado el 19 de Abril del 2017]. Obtenido en <http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/38858956.pdf>.

⁸ AGUILAR OLIVERA, Ludgerio. "Fusiones y adquisiciones: un análisis de la concentración bancaria en Perú, España, Universidad Complutense de Madrid, 2016, p. 42.

Todo ello lleva a pensar que es necesario que se regule el mercado (a través del control preventivo de fusiones, adquisiciones y concentraciones empresariales), si bien no todos pueden estar de acuerdo, en el mundo globalizado en el que se vive, es una necesidad imperante, puesto que de dichas fusiones pueden salir campeones nacionales, los cuales dañarían el mercado, y que solamente ellos tendrían el poder, y si bien INDECOPI podría sancionarlos de manera posterior, el daño ya estaría hecho.

1.1.2- Fusiones.

La fusión es otra forma de adquisición y control de empresas, dicha modalidad está regulada en el capítulo referido a la “Transformación de Sociedades” en la LGS, regulado entre los artículos 344° y 366° de la LGS⁹.

Según REYES, se expresa que existen diversas maneras de llevar a cabo una integración entre dos o más compañías, y como resultado de esto, se fusionan los patrimonios y accionistas de ambas compañías, quedando todos ellos reunidos en uno solo, donde se unifica la administración de los negocios sociales¹⁰.

Por su parte MONTOYA¹¹ afirma que la fusión de sociedades es un acto en virtud del cual, dos o más sociedades, unen sus patrimonios, agrupando a sus respectivos socios en una sola sociedad; reconociéndose a la sociedad como una modalidad de reorganización de las sociedades, conservando en grado mayor o menor la autonomía jurídico patrimonial que poseen. También se define a la fusión, como la

⁹ “Por la fusión dos a más sociedades se reúnen para formar una sola cumpliendo los requisitos prescritos por esta ley”. Puede adoptar alguna de las siguientes formas:

1. La fusión de dos o más sociedades para constituir una nueva sociedad incorporante origina la extinción de la personalidad jurídica de las sociedades incorporadas y la transmisión en bloque, y a título universal de sus patrimonios a la nueva sociedad; o,
2. La absorción de una o más sociedades por otra sociedad existente origina la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad o sociedades absorbidas. La sociedad absorbente asume, a título universal, y en bloque, los patrimonios de las absorbidas.

¹⁰ REYES VILLAMIZAR, Francisco. *Derecho societario en Estados Unidos: Introducción comparada*, Tercera Edición, Bogotá, Editorial Legis, 2006.

¹¹ MONTOYA, Ulises. *Derecho comercial*, novena edición, Lima, editorial Grijley, 2013, pp. 673-674

integración de dos o más empresas que dan origen a una nueva entidad económica y local¹².

Cuando los dueños de las empresas desean maximizar el valor de sus acciones, siempre van a optar por un crecimiento de la empresa, y si bien existen varias maneras de lograrlo, en este apartado nos centraremos solamente en las fusiones; siendo que con estas se busca maximizar el valor de la empresa, para que esta consiga un mayor alcance en el mercado y una mayor estabilidad.

Todo dependerá de la alineación de intereses de ambos agentes (dueños y gestores comerciales), y los motivos que pueden llevar a una determinada empresa a realizar una fusión con otra puede dividirse en tres grupos, el primero basado en un comportamiento racional de los gestores y los otros dos basados en conductas irracionales¹³:

El primero de ellos busca alcanzar un adecuado desarrollo conjunto operativo y financiero entre las empresas involucradas, para maximizar el valor de los accionistas, cuyos objetivos están alineados con los de los gestores, tal como se mencionó en el párrafo precedente.

Este punto también se encuentra fundamentado en que la fusión es un instrumento para prevenir la decadencia de las empresas haciéndolas recobrar su economía, pues siempre hay empresas que se verán beneficiados de manera directa, mediante, como se dijo, una mejor dirección operativa y financiera.

El segundo busca actuar como mecanismo corrector del mercado, siendo que en este caso los intereses de ambos agentes sean los mismos sin embargo, los gestores actúan de una forma inadecuada y evitan el aumento del valor de las

¹² MARIN XIMENEZ, José. *Fusiones y adquisiciones en la práctica*, México DF, Editorial Cengage Learning, 2008. p.1

¹³ ZOYAYA GONZALES, Néboa. *Las fusiones y adquisiciones como fórmula de crecimiento empresarial*, 2007 [ubicado el 19 de Abril del 2017]. Obtenido en <http://www.ipyme.org/Publicaciones/Las%20fusiones%20y%20adquisiciones%20como%20formula%20de%20crecimiento%20empresarial.pdf>. p.p.5-6

acciones (hecho sancionado por el mercado); esto sucede por distintas razones, como por ejemplo, el aumento de las ganancias por acción, la especulación, los gestores con exceso de confianza, entre otros.

El tercer motivo es el de aumentar el crecimiento o poder de la empresa, encontrándose motivada esta decisión en la propia persona encargada, puesto que como menciona el autor ZOZAYA¹⁴, esto puede estar direccionado por: "...ego, búsqueda de mayor poder o salario, diversificación del riesgo laboral personal, etc...". Es decir, se encuentra fundamentada en decisiones tomadas basadas en información inconsistente e, incluso incompleta, siendo que muchas veces determinadas fusiones resultan ser conflictivas e incompatibles.

Este crecimiento de la empresa puede ser de dos maneras, la primera de ellas es de manera horizontal, siendo la economía de escala¹⁵ el principal objetivo perseguido al realizar una fusión de tipo horizontal, que se produce al fusionarse dos empresas que desarrollan la misma actividad empresarial; y la segunda manera es la economía de integración vertical, en donde dichas empresas fusionadas buscan expandirse y llegar a más consumidores (integración hacia adelante) o a la fuente de materia prima (Integración hacia atrás)¹⁶.

Como se verá más adelante, este tipo de fusión no genera un perjuicio en el mercado, puesto que de ella solo deriva la unión de un proveedor con un determinado cliente, para que ambos se vean beneficiados de la logística y de desarrollo en conjunto de las funciones, pero esto no dañaría el mercado, porque el porcentaje de pertenencia a este se mantendría igual.

¹⁴ Cfr. ZOZAYA GONZALES, Néboa. *Las fusiones y adquisiciones como fórmula de crecimiento empresarial*, 2007.p.5

¹⁵ Definición de Rae Jurisprudencia: "La economía de escala se refiere al poder que tiene una empresa cuando alcanza un óptimo poder de producción para ir produciendo más o menor coste, es decir, a medida que la producción en una empresa crece, sus costes por unidad producida se reducen. Cuanto más produce, menos le cuesta producir cada unidad"

¹⁶ PERES-IÑIGO, Juan, *Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*, Madrid, Editorial McGraw Hill Interamericana de España S.A, 2016.p.4.

1.1.3- Adquisiciones.

BONET y FERNANDEZ manifiestan que¹⁷: "...la adquisición se representa por las ofertas públicas de adquisición (OPA). Pueden ser tanto amistosas como hostiles...". En ocasiones suponen la incorporación del activo y pasivo de la empresa adquirida a la empresa compradora, perdiendo aquella su personalidad jurídica. La diferencia fundamental con las fusiones es que en una adquisición, la empresa compradora hace una oferta directamente a los accionistas de la otra empresa, sin necesitar negociaciones previas con el equipo directivo de la empresa objeto de la oferta.

Conforme a GÓMEZ¹⁸, la fusión y la adquisición de empresas en el mercado, responden a la necesidad de crecimiento externo de estas, las cuales buscan alcanzar mayores ingresos o desarrollo económico, o solo buscan una posición de dominio en el mercado.

Existen diferentes modalidades de adquisición de empresas como por ejemplo la compra venta de acciones, la compra venta de activos, la emisión de bonos convertibles en acciones, entre otros¹⁹.

La compra venta de acciones, haciendo referencia a lo establecido en la Ley N° 26887 en su artículo N° 82, menciona que las acciones representan alícuotas del capital, donde todas ellas tienen el mismo valor nominal, otorgándole a su titular el derecho a voto, se menciona además que la acción otorga cierta titularidad al portador y la Ley de Garantía Mobiliaria, la reconoce como un bien mueble²⁰.

Es un requisito indispensable conforme a la Ley General de Sociedades que la acción se encuentre registrada en el libro de Matricula de acciones, con la finalidad

¹⁷ BONET, Antonio y FERNANDEZ, Pablo. *Fusiones, adquisiciones y control de las empresas*, 2016 [ubicado el 19 de Abril del 2017]. Obtenido en <http://web.iese.edu/pablofernandez/docs/16.fusionesBonet.pdf>.

¹⁸ GOMEZ MARTINEZ, Raúl. *Métodos aplicados de valoración y adquisición de empresas*, Madrid, Editorial DELTA, 2015.

¹⁹ CASTELLANOS FERNANDEZ, Ginno. *Adquisición de empresas en proceso concursal*, Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho de la Empresa, Lima, PUCP, 2014. p.12

²⁰ Ley de Garantía Mobiliaria, Ley N° 28677, Art. 4, numeral 8.

de que se conozca quien es el titular de la misma, otorgándole así plenamente todos los derechos que le corresponden.

Podemos apreciar que esta forma de apoderamiento o adquisición de la empresa deja entrever una simpleza en el actuar de las partes involucradas; sin embargo, como se podrá ver más adelante, este tipo de “compra” es conflictivo, porque muchas veces se buscan más los intereses personales, que los intereses en conjunto de la empresa.

En la compra venta de activos, se debe entender que estos pueden tener una forma física definida, tales como edificios, maquinaria o inventarios de mercancía. Por otra parte, existen algunos ejemplos de activos en forma no física o tangible, sino en forma de derechos legales valiosos. Ejemplos de estos son las sumas vencidas de clientes, inversiones en bonos del gobierno o empresas y derechos de patentes²¹. En este caso al momento de realizar la compraventa de los activos de la empresa, si esta acción, realizada en un solo acto excediese el 50% de los activos que se poseen, entonces la empresa deberá someter dicha venta a la Junta General de Accionistas.

Una vez aprobada la transferencia se ve de manera clara como es que se va adueñando una empresa de otra, ya sea con la compra parcial o con la compra total de los activos.

Como se puede apreciar, hasta el momento las adquisiciones de empresa pueden realizarse mediante un acuerdo, que difícilmente puede por ello considerarse restrictivo de la competencia, pues en general, lo que afecta a la competencia no es el acuerdo en sí, sino la situación en el mercado resultante de la adquisición²².

Ahora mencionaremos un punto importante referente a las adquisiciones y es la realización de una toma de control hostil; como se mencionó en los párrafos

²¹ MEIGS, Robert, WILLIAMS, Jan, HAKA, Susan, BETTNER, Mark, Contabilidad, *La base para decisiones gerenciales*, Undécima Edición, Bogotá: Editorial McGraw-Hill Interamericana. 2000. P.41

²² ALVAREZ ARJONA, José. *Fusiones y adquisiciones de empresas*, España, Editorial Aranzadi S.A, 2004.p.695.

precedentes, las adquisiciones pueden ser amistosas o pueden acarrear conflictos, y la toma de control hostil nos presenta una manera poco amigable de obtener una empresa o parte significativa de su activo.

Las OPA, u Oferta Pública de Adquisición, mediante la cual busca comprar de forma intempestiva sus acciones; esto, primordialmente, debe hacerse de manera secreta y cautelosa, pues existen casos en los que inicialmente se lanza la oferta de compra por un determinado monto, y luego, al ver esta acción, más empresas desearán pujar por la misma haciendo que el valor de las acciones de la empresa deseada suban.

Una táctica empleada por aquellos compradores que no tienen prisa en controlar una determinada empresa; y que, además, hayan sido descubiertas por la competencia, como se mencionó en el párrafo anterior, tienden a acumular lentamente pequeños paquetes de acciones²³, con la finalidad de que la Junta Directiva no se sienta amenazada por esta, sino se busca una mirada más razonable como una pequeña inversión, mas no como una toma de control hostil.

El autor PERES-IÑIGO, afirma que. "... Una vez que ambas directivas se hayan puesto de acuerdo, el trato deberá ser sometido a la aprobación de los accionistas de ambas sociedades, que reunidas en una Junta General decidirán aprobar o rechazar los acuerdos de adquisición..."²⁴.

Una práctica contraria se denomina *incursión al amanecer*²⁵ la cual consiste en términos simples, que al haberse descubierto las intenciones de la empresa compradora, se adquieren con la mayor velocidad posible, la cantidad más amplia de acciones que se puedan conseguir, pues si bien el precio de estas puede que haya aumentado, este debe ser todavía accesible para el interesado.

²³ PERES-IÑIGO, Juan. *Fusiones y adquisiciones de empresas*, Navarra, Editorial McGraw Hill Interamericana de España S.A, 2005. p.111.

²⁴ Óp. Cit. PERES-IÑIGO, Juan, *Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*, p.4

²⁵ Óp. Cit. PERES-IÑIGO, Juan. *Fusiones y adquisiciones de empresas*. p.111

1.2- Principios constitucionales para la regulación de las concentraciones empresariales

1.2.1- La economía social de mercado.

La economía social de mercado es uno de los pilares básicos del ordenamiento jurídico nacional, conforme a lo establecido por la Carta Magna de 1993. Mediante sus postulados se exige al Estado cumplir aquellas funciones que garanticen los derechos fundamentales que se reconocen a sus ciudadanos. Se trata de una obligación, la cual brinda al Estado la posibilidad de intervenir en algunos ámbitos de la vida de las personas.

Constitucionalmente se encuentran reconocidos, tanto las libertades económicas, como las facultades regulatorias del Estado; otorgándoseles un rango especial que importa, no sólo su exigencia de cumplimiento, sino su especial consideración como valores socio-estatales. La idea es encontrar la relación entre el deber de garantizar las libertades económicas y el rol regulador del Estado en materia económica, a fin de garantizar y preservar el proceso de concurrencia en el mercado de las empresas, y obtener mayores beneficios con un mercado competitivo orientado a una mejor asignación de recursos que maximice el bienestar social²⁶.

Debemos entender que el Estado es quien asigna los recursos que posee de manera eficiente, pero para que ello funcione, debe hacerlo de tal manera que se permita la concurrencia libre y competitiva de los agentes económicos, esto implica organizar el mercado y a la competencia, de tal manera que se compatibilice el interés social con el desarrollo nacional²⁷.

La economía social de mercado surge como un modelo intermediario entre el liberalismo económico y la economía dirigida, pues se considera que la economía de un país sería eficiente, si el Estado interviniese en ella de manera reducida y

²⁶ OLIVOS CELIS, Milagros. "Fundamentos constitucionales de la economía social de mercado en la economía peruana". *Revista de investigación Jurídica IUS*, Volumen II. p. 6

²⁷ GALLEGOS MOLINA, Luis. *Economía Social de Mercado, Medio Ambiente y Responsabilidad Social Empresarial*, Lima, Impresiones de Tarea Asociación Gráfica Educativa, 2008, pp. 12-13.

limitada, en temas que busquen lograr el desarrollo de actividades privadas con libertad y a la misma vez con límites²⁸.

La configuración de la economía social de mercado se ha logrado a través de cinco pilares: Fomento de la Iniciativa privada, protección de la propiedad, defensa de la Competencia, implementación de sistemas de responsabilidad individual y reconocimiento de libertades económicas²⁹. Los cuales buscan el correcto funcionamiento del mercado en armonía con los consumidores.

Nuestra Constitución en su artículo N°61 regula que es deber del Estado facilitar y vigilar la libre competencia siendo una de sus exigencias combatir toda práctica que la limite, así como el abuso de posiciones dominantes o monopólicas, o las muy conocidas concertaciones de precios. En tal sentido, se reconoce que la función del Estado en la economía es orientar el desarrollo del país. Es decir, el Estado no interviene directamente la vida económica sino que la orienta, fijando objetivos y prioridades, y buscando siempre el desarrollo económico del país. Dicha afirmación obedece a que si bien el concepto de Economía Social de Mercado enmarca el ejercicio de las grandes libertades económicas, también permite al Estado asumir un rol de árbitro a través de su capacidad normativa, supervisora y de actuación³⁰.

1.2.2- Las Libertades Económicas.

Nuestro Tribunal Constitucional nos menciona que el contenido esencial de las libertades económicas que se encuentran presente en nuestra carta magna del año 1993 (Constitución económica³¹) como la libertad contractual, libertad de empresa, libre iniciativa privada y la libre competencia, siendo que estos son establecidos como límites al poder estatal y no pueden ser entendidas sino bajo ciertos principios

²⁸ Op. Cit. OLIVOS CELIS, Milagros. II. p. 6

²⁹ RIVADENEIRA FRISCH, Juan. *Economía Social de Mercado*, Quito, Ediciones de la Fundación Konrad Adenauer, 2009, p-9.

³⁰ OLIVOS CELIS, Milagros. "El Control Previo de las Concentraciones Empresariales en una Economía Social de Mercado – Análisis del Caso Peruano". *Revista de investigación Jurídica IUS*, Volumen III. p. 21

³¹ Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano N° 0008-2003-AI/TC, del 11/11/20

rectores, los cuales son base para un determinado tipo de Estado³². Es decir, en nuestro caso, como Estado Democrático de Derecho³³, con una Economía Social de Mercado, la interpretación de dichas libertades deberá hacerse respetando nuestra Constitución y dichos principios.

En una economía social de mercado, las libertades anteriormente mencionadas son consideradas como base del desarrollo económico del país, pues incluso en su propio art. 60³⁴ se habla de un pluralismo económico, donde la empresa tiene las características de promotora del desarrollo y sustento de la economía nacional.

Entonces entendemos que la libertad de empresa se rige como un derecho fundamental de la persona, el cual garantiza la participación en la vida económica de nuestro país; y que nuestro Estado debe respetar, orientar, estimular y promover dicho desarrollo y participación. Es por ello que el Estado debe evitar los obstáculos o impedimentos que restrinjan el libre acceso a los mercados de bienes y servicios.

Estas reglas básicas de comportamiento por parte del Estado, que gobiernan la organización y funcionamiento económico del país, son denominadas como orden público económico³⁵. Reflejan el concepto de libertad económica, que rige para la sociedad y se encuentra contenido en su Constitución, regulando las relaciones en el mercado entre los particulares y el Estado. Todo ello para generar confianza y seguridad en todos los intervinientes.

En resumidas cuentas, la Constitución a través del derecho a la libertad de empresa, garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial, basado en

³² STC. EXP. N.º 01405-2010-PA/TC, (06/12/2010) Fundamento Jurídico N° 12

³³ Constitución de 1993 Artículo 43°.- La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana.

³⁴ Constitución de 1993. Artículo 60°.- “Pluralismo Económico”. El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.

³⁵ CAMACHO GUTIERREZ, Walter. *La Constitución Comentada*, Revista Gaceta jurídica, Lima, Tomo I, 2005. p.794

condiciones de libertad, así como su desarrollo en el mercado en condiciones de igualdad, sin discriminación.

Como se sabe estas libertades no son ilimitadas, debido a su enorme trascendencia social, pues cuando no se respetan dichas libertades y se hace un uso indebido de ella, las personas perjudicadas son muchas; es decir, no solo se daña el propio empresario, sino se daña también a los consumidores, los trabajadores, los proveedores e inclusive el propio Estado.

Por su parte, la libre competencia se puede definir como “...la potestad de coexistencia de una pluralidad de ofertas en el campo de la producción, servicios o comercialización de productos de la misma especie por parte de un número indeterminado de agentes económicos”³⁶, siendo así que esta libertad económica plantea el libre juego de la oferta y la demanda y supone la existencia de tres requisitos³⁷:

- a. La autodeterminación de iniciativas o de acceso empresarial a la actividad económica.
- b. La autodeterminación para elegir las circunstancias, modos y formas de ejecutar la actividad económica (calidad, modelo, volumen de producción, etc.).
- c. La igualdad de los competidores ante la ley.

La libre competencia tiene como finalidad primordial garantizar el funcionamiento de la economía social de mercado, constituyéndose como un objetivo inmediato de Derecho de la Competencia, el cual se encuentra presente en nuestro ordenamiento jurídico. Este derecho está encargado de frenar y limitar los descontroles que se presenten, y para ello orienta las conductas de los agentes intervinientes en el mercado.

³⁶ STC. EXP. N.º 01405-2010-PA/TC, (06/12/2010) Fundamento Jurídico N.º 18

³⁷ STC. EXP. N.º 01405-2010-PA/TC, (06/12/2010) Fundamento Jurídico N.º 19

Esta Libertad es una facultad inderogable del empresario, motor del sistema económico nacional, siendo no solo un derecho sino también una obligación a la cual se le reconocen un doble ámbito, uno implícito y uno explícito.

El ámbito implícito señalado en el art 58 de nuestra Constitución, señala que la iniciativa privada es libre y se ejerce en una Economía Social de Mercado. Mientras que el ámbito explícito se encuentra en el art 61 al momento de reconocer el rol del Estado, el cual implica facilitar y vigilar la libre competencia, combatiendo las prácticas que la limiten, reduciendo su intervención al mínimo³⁸.

Debemos tener en cuenta, adicionalmente, que el Tribunal Constitucional ha dejado claro la relación existente entre la libertad de empresa y la libre competencia, en ese sentido ha manifestado que “un aspecto fundamental de la Economía Social de Mercado y una consecuencia principal de la libertad de acceso al mercado es la existencia de la libre competencia sin la cual quedaría vacío el contenido del derecho a la libertad de empresa³⁹”.

Por su parte, la libertad económica de contratación implica un principio fundamental reconocido en la Constitución de 1993, en su art. 62 según el cual el Estado garantizará que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato.

Al declarar nuestra Constitución dicha libertad, se está declarando también, de manera conjunta, que nuestra sociedad es una sociedad contractual; es decir, que en las relaciones de las partes prima la autonomía de la libertad y el consentimiento de las partes para tomar decisiones. Por esta razón, en materia contractual es primordial el respeto de esta libertad, para que la contratación se dé libre de vicios o limitantes.

³⁸ OLIVOS CELIS, Milagros. *Fundamentos para establecer el control previo de las concentraciones empresariales en una economía social de mercado: caso peruano*, Tesis para optar por el grado de Titulado, Lambayeque, USAT, 2011. p.127.

³⁹ Cfr. STC del 10 de Agosto del 2009. Exp: N°03116-2009-PA/TC-Lima, Cementos Lima contra Ministerio de Economía y Finanzas. Fundamento 3.2.

La libertad de contratación está compuesta por otras dos libertades: la de contratar y la contractual⁴⁰.

- a) Libertad de contratar, conocida también como libertad de conclusión, consiste en la facultad que tiene toda persona de celebrar o no un contrato, y si finalmente decide contratar, determinar con quién contrata.
- b) Libertad contractual, conocida también como libertad de configuración, está referida a la libertad de determinar el contenido del contrato.

1.2.3- Principio de subsidiariedad y las consecuencias de un excesivo proteccionismo por parte del Estado.

Como se mencionó anteriormente, se encuentran reconocidas las libertades económicas, así como las facultades regulatorias del Estado; y este principio de subsidiariedad exige especial atención como valor estatal.

El artículo N°59 de nuestra Constitución, garantiza la libertad de empresa, mientras que su artículo N°60 reconoce a nuestra sociedad, como una sociedad con pluralismo económico, en la cual coexisten de manera conjunta la sociedad y la empresa; además de ello este artículo recoge el tema central de este acápite, el cual es el principio de subsidiariedad, según el cual el Estado, solo autorizado por ley expresa puede realizar de manera subsidiaria actividad empresarial ya sea de manera directa o indirecta, en necesidad del interés público, dependiendo de su beneficio.

Podemos entender que el mencionado artículo hace referencia a la propia actividad del Estado como empresario mas no como regulador, caso contrario, si el Estado interviniese como regulador podría atentar contra el equilibrio que existe en el propio mercado, pues si llegase a convertirse en agente económico poseería una ventaja superior frente a los competidores, otorgándose beneficios (leyes que le favorezcan).

⁴⁰Óp. Cit. CAMACHO GUTIERREZ, Walter. *La Constitución Comentada*. p-832.

El principio de subsidiariedad se entiende desde dos perspectivas, una institucional y la otra estatal. La primera, impone el deber de no concentrar al más alto nivel de poder aquellas decisiones, las cuales pueden ser tomadas con igual o mayor eficacia a un nivel político inferior; mientras que la segunda implica relucir la actividad del poder Público, de modo que éste sea de ayuda para los grupos intermedios cuando existan trabas o dificultades para regular por sí mismos los intereses que se planteen⁴¹.

Conforme a lo mencionado en los párrafos precedentes, el artículo N°61 nos da a entender que el Estado debe facilitar y vigilar la libre competencia, combatiendo todas aquellas prácticas que la limiten, como el abuso de la posición de dominio o la concertación de precios.

Se deduce que la misma Constitución determina que ninguna ley puede autorizar las prácticas que permitan el abuso de posiciones dominantes o monopólicas en el mercado, es por ello que el presente trabajo plantea la posibilidad que mediante un adecuado proyecto de Ley, el cual defina los umbrales correctos para la aplicación de un control previo, proteja de esta manera la libertad de empresa y la libre competencia.

Existe una especial vinculación entre la libre iniciativa privada y el principio de subsidiariedad, el mismo Tribunal Constitucional ha precisado que “La iniciativa privada puede desplegarse libremente en tanto no colisione con los intereses generales de la comunidad, los cuales se encuentran resguardados por la Constitución, los tratados internacionales y las leyes sobre la materia. Empero, con el mismo énfasis debe precisarse que dicho ordenamiento protege la libre iniciativa contra al injerencia de los poderes públicos, respecto de lo que se considera como privativo de la autodeterminación de los particulares⁴²”.

⁴¹ Op. Cit. OLIVOS CELIS, Milagros. *Fundamentos para establecer el control previo de las concentraciones empresariales en una economía social de mercado: caso peruano*, p.128.

⁴² Sentencia del Tribunal Constitucional, 11 Noviembre del 2003. Exp. N°0008-2003-AI/TC – Fundamento N°18

Este planteamiento realizado por el Tribunal Constitucional, implica que el Estado a través de su intervención subsidiaria, es el responsable de supervisar el correcto desenvolvimiento de la economía; el mismo Tribunal Constitucional lo precisa que: “La premisa de que la mejor regulación económica es la no regulación es una falacia (...). Es por ello que el Estado tendrá el deber de intervenir en aquellas circunstancias en que los encargados de servir al público hubiesen olvidado que el beneficio individual que les depara la posesión y explotación de un medio de producción o de una empresa de servicio, pierde legitimidad si no se condice con la calidad, y el costo razonable de lo ofertado⁴³”.

Adicionalmente, el Tribunal Constitucional ha agregado tres características, con la cual se entiende la función orientadora del Estado⁴⁴.

- El Estado puede formular indicaciones, siempre que estas guarden directa relación con la promoción del desarrollo del país;
- Los agentes económicos tienen la plena y absoluta libertad para escoger las vías y los medios a través de los cuales se pueden alcanzar los fines planteados por el Estado;
- El Estado debe estimular y promover la actuación de los agentes económicos.

Respecto a la forma cómo debe intervenir el Estado en la sociedad, esta variará a lo largo del tiempo. Un Estado dirige su actuar a través de la configuración de las políticas públicas que posee, esto es que las consecuencias, ya sean positivas o negativas de su actuar, variarán de acuerdo al pensamiento de la época⁴⁵.

⁴³ Sentencia del Tribunal Constitucional, 11 Noviembre del 2003. Exp. N°0008-2003-AI/TC – Fundamento N°42.

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional, 11 Noviembre del 2003. Exp. N°0008-2003-AI/TC – Fundamento N°39

⁴⁵ Óp. Cit. OLIVOS CELIS, Milagros. *Fundamentos para establecer el control previo de las concentraciones empresariales en una economía social de mercado: caso peruano*, p.136.

El Estado debe seguir ciertos lineamientos en su actividad reguladora como por ejemplo⁴⁶:

- Condiciones que permiten desarrollar una actividad económica.
- Adecuado funcionamiento de los mercados.
- Corrección de los resultados obtenidos en el mercado.

La Economía Social de Mercado exige como presupuesto primordial la existencia de una adecuada competencia, siendo que el mismo Estado tiene como deber fundamental intervenir y frenar los casos de concentración del poder económico, evitando la formación de los monopolios o los oligopolios. La economía de mercado presupone siempre que exista una adecuada competencia⁴⁷.

No se puede olvidar que si bien los poderes públicos intervienen en un sector determinado de la economía afectando el funcionamiento del mercado, deben ser frenados pues generarían un desequilibrio en la economía, logrando de esta manera incongruencias entre lo regulado por la normativa vigente y el actuar de los poderes.

1.2.4- Los Monopolios su regulación en la Constitución de 1993.

Debemos entender primero lo que Monopolio significa, según la autora ROLDAN, Monopolio se puede definir como una estructura de mercado en donde existe un único oferente de un cierto bien o servicio, es decir existe una sola empresa, la cual tiene el dominio de toda la oferta en el mercado, entendiéndose a aquella empresa como un agente capaz de producir bienes o servicios que no cuenten con sustitutos próximos, de este modo aquellos que deseen usar el bien deben acudir a la empresa con los términos y condiciones que este imponga⁴⁸

⁴⁶ WIEMEYER, Joachim. "Crisis del Sistema Financiero: ¿Crisis de la Economía Social del Mercado? En serie de Economía Social de Mercado, N°02 Vol 01, Fundación Konrad Adenauer, Guatemala, 2009, pp. 25-43

⁴⁷ Op. Cit. OLIVOS CELIS, Milagros. *FUNDAMENTOS PARA ESTABLECER EL CONTROL PREVIO DE LAS CONCENTRACIONES EMPRESARIALES EN UNA ECONOMIA SOCIAL DE MERCADO: CASO PERUANO*, p.137

⁴⁸ NICOLE ROLDAN, Paula. Los Monopolios. Obtenido en: <https://economipedia.com/definiciones/monopolio.html>

Una empresa que domina el mercado mediante un monopolio, sabe que no enfrenta competidores que puedan influir directamente con el precio y la cantidad de productos ofertados al mercado, es decir tiene un poder absoluto sobre los bienes o servicios ofertados, por lo cual se considera que puede aumentar los precios de los mismos para obtener mayores utilidades, a pesar que el costo sea más barato en otras ciudades, donde presente competencia directa.

Nuestra carta magna en su artículo 61 nos menciona expresamente que: “El Estado facilita la libre competencia, combate toda practica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna Ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios” Si se hiciera esto tendría vicios de inconstitucionalidad y sería jurídicamente invalido.

Existe prohibición expresa de ser monopolio cuando se haga referencia a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante cualquier medio de comunicación social, es decir se prohíbe que sean exclusividad de alguien, no pudiendo impedirse la pluralidad de esas libertades⁴⁹.

Se puede desprender de la idea anterior que existen dos tipos de monopolios diferenciados, que podemos encontrar de la lectura de este artículo, aquellos que nacen mediante una norma o ley y aquellos que nacen de manera natural en el mercado.

Los Monopolios Naturales se crean a partir de las exigencias de consumidores, surgiendo de forma fluida y convirtiéndose en líder en la producción de ese elemento o servicio, sin rivales, por las propias circunstancias del mercado, como el caso de Cineplanet en Chiclayo, que con la llegada del Real Plaza, se constituyó como un monopolio en el servicio de entretenimiento “Cine” de manera natural, sin ningún abuso o irregularidad.

⁴⁹ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La constitución de 1993, Análisis Comparado*. Quinta edición, Oré Editora Rao SRL, Lima, 1999, p.24.

Adicionalmente tenemos que existe un monopolio natural cuando los costos de producción son tales que para los demandantes del mercado es más barato obtener la producción de una empresa, en lugar de muchas. Siendo esta situación óptima desde el punto de vista de costos, logrando la añorada economía de escala⁵⁰.

Este tipo de monopolios no encuentran prohibición alguna al momento de conformarse o crearse, sin embargo presenta restricciones en su comportamiento pues verá restringidas sus políticas por la competencia indirecta y la competencia de los distintos bienes que en un determinado momento puedan sustituir lo que ofrece, ya sea por una diferencia de precios o la calidad del bien o servicio⁵¹.

Para tener claro esto, debemos ver la diferencia entre una empresa que presenta un monopolio en el mercado, contra una empresa competitiva, siendo la primera aquella que presenta un margen más amplio para establecer el valor de los distintos productos ofrecidos, en cambio una empresa que se encuentre en un mercado competitivo, los precios van a ser definidos o establecidos por la oferta y la demanda que se presente, generando distintos márgenes de ganancia para el empresario.

Por otro lado tenemos la existencia de otro tipo de monopolio, aquel que genera en sí un perjuicio al mercado, y es denominado en base a lo estipulado en el artículo 61 de la Constitución de 1993 el Monopolio Legal, siendo aquel que encuentra sus bases estrictamente en la normativa vigente, o en alguna barrera creada por esta para impedir la entrada de otros competidores al mercado nacional.

Este tipo de monopolios no obedecen los criterios de la economía a escala o de mayor eficiencia productiva, sino solo a criterios políticos y populistas, los cuales buscan beneficiar a determinados sectores, los cuales generan una gran distorsión en el mercado y atenta contra las libertades económicas reconocidas

⁵⁰ Universidad de la República, Facultad de Ciencias Económicas y Administración, Microeconomía Avanzada, *Monopolio Natural y Regulación Económica*. Obtenido en: <http://decon.edu.uy/~mito/monopolio%20natural.pdf>

⁵¹ PEREZ PORTO, Julián y GARDEY Ana. *Definición de Monopolio*, 2012 Obtenido en: <https://definicion.de/monopolio/>

constitucionalmente, y como manifiesta BULLARD: “El monopolio legal encuentra su origen en la ley y es más irracional de todos”⁵².

ROSA GARCIA docente de la Universidad Católica de San Antonio de Murcia, España, nos explica las características que deben estar presentes para que exista un monopolio⁵³:

- Una única empresa productora y vendedora del producto/servicio.
- No existen bienes o servicios sustitutos.
- El número de compradores es grande y está atomizado.
- Muy rígidas barreras de entrada al mercado.
- El monopolista tiene poder para fijar el precio.
- No hay movilidad perfecta de los factores de producción.

Debemos considerar que un monopolio en principio no perjudicial para el mercado, dependiendo estrictamente de su manera de constitución, por lo que el Estado, como se mencionó anteriormente debe salvaguardar el mercado y al consumidor de cualquier abuso que estos puedan tener, debido a que muchas veces en las empresas monopólicas, la cantidad de productos producida es menor y el precio se eleva exponencialmente al no existir competencia.

1.3- Regulaciones en el mercado peruano

1.3.1- Derechos del consumidor, conforme a su protección y defensa en la ley N° 29571 y el Decreto Legislativo N°1034 que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

Las precitadas leyes tienen una finalidad directa con el consumidor, pues busca que estos puedan acceder a determinado productos y servicios, elegidos libremente para poder satisfacer las necesidades que estos posean; para lo cual implementa

⁵² BULLARD GONZALES, Alfredo. “Los monopolios en la constitución, entre el mito y la verdad”, Obtenido en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/download/14278/14898>.

⁵³ ROSA GARCÍA, Alfonso. Características del Monopolio – Microeconomía II. Obtenido en : <https://youtu.be/z0hoPPcPuvo?list=PLelUqgJo6ICSch2rOfSicQ2iPYOXf0VX0>

mecanismos adecuados para la protección y la reducción de la asimetría informativa, y busca limitar a las empresas dominantes en el mercado.

Estas leyes muestran relación directa con nuestro tema planteado, pues como se aprecia busca defender a los consumidores ante cualquier variante o desperfecto presente en el mercado, esto es defender sus legítimos intereses.

En su propio articulado nos hace mención que: “En el régimen de economía social de mercado establecido por la Constitución, la protección se interpreta en el sentido más favorable al consumidor⁵⁴” entendiéndose que el Estado debe defender al consumidor por ser esta la parte débil en la relación.

El principal problema que se presenta es cuando las empresas deciden aprovechar su posición dominante⁵⁵ en la relación, ocultando la información necesaria para que los consumidores puedan saber qué es lo que están comprando, y si ese producto realmente vale la pena. Cuando sucede esto se quebranta el principio de buena fe⁵⁶, entendido como aquel principio presente en toda actividad contractual (compra-venta de bienes y servicios), que actúa como limitante a la autonomía de la voluntad.

Adicional al principio de Buena Fe mencionado en el párrafo precedente la ley, reconoce otros principios fundamentales que priman en la relación de consumidores y proveedores y estos son:

- a. Principio de Soberanía del Consumidor.
- b. Principio Pro Consumidor.
- c. Principio de Transparencia.
- d. Principio de Corrección de la Asimetría.
- e. Principio de Protección Mínima.

⁵⁴ Ley N° 29571. “Código de Protección y Defensa del Consumidor”. Artículo II.- Finalidad

⁵⁵ La posición de dominio ha sido definida por la jurisprudencia como aquella situación de poder económico de una o más empresas que le otorga u otorgan la capacidad de obstaculizar o impedir la competencia, como resultado del predominio e independencia de ésta o éstas respecto de sus competidores en el mercado. Obtenido en guiasjuridicas.wolterskluwer.es/home/EX0000013652/20080708/Posicion-de-dominio

⁵⁶ Ley N° 29571. “Código de Protección y Defensa del Consumidor”. Artículo V.- Principios

- f. Principio Pro Asociativo.
- g. Principio de Primacía de la Realidad.

INDECOPI como ente regulador del mercado, de las relaciones de consumidores y proveedores, ve orientada sus acciones a defender los intereses de los consumidores contra aquellas prácticas que contravienen las normas establecidas, es por ello que vemos que esta institución hace frente al ejercicio abusivo de la posición de dominio y a la concertación de precios entre las empresas.

La finalidad principal es que los consumidores tengan un rol activo en el desarrollo del mercado, informándose, comparando y eligiendo de manera continua aquel proveedor que cumpla con sus estándares mínimos de calidad, los cuales son desarrollados de manera personal por cada persona al momento de realizar la elección de un producto.

Los principales derechos englobados en este código son el derecho a una protección eficaz respecto de los productos que se obtengan en el mercado; derecho a la información oportuna, suficiente y veraz; derecho a la protección de sus intereses económicos, contra las cláusulas abusivas y cualquier práctica contraria al ordenamiento jurídico; siempre con un trato justo y tienen derecho a elegir libremente entre los productos y servicios que consideren adecuados⁵⁷.

Con lo anteriormente mencionado podemos ver que nuestra legislación actual promueve el desarrollo de un mercado adecuado para el consumidor, siempre protegido y regulado por el Estado, es por ello que conociendo la imperante necesidad de tutela que recibe el consumidor en nuestro ordenamiento, nos vemos obligados a una modificación constante de la norma, para poder protegerlo de una manera adecuada y eficaz.

Esta tutela se hace más evidente con el Decreto Legislativo 1034, el cual aprueba la Ley de Represión de conductas Anticompetitivas y tiene como principal finalidad terminar con los abusos de posición de dominio en el mercado por los distintos

⁵⁷ Ley N° 29571. "Código de Protección y Defensa del Consumidor". Artículo 1.- Derechos de los Consumidores.

agentes económicos o con las concertaciones de precios que estos puedan tener, para ello la Ley nos define cuando existe una posición de dominio en el mercado.

El artículo 07° nos detalla que se goza de posición de dominio cuando se tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar el mercado, todo ello con la finalidad de obtener distintos beneficios para el agente económico, sin que sus competidores puedan contrarrestar dicha posibilidad debido a:

- Una participación significativa en el mercado relevante.
- Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios.
- El desarrollo tecnológico o servicios involucrados.
- El acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro así como a redes de distribución.
- La existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica.
- La existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de éstos.

Debemos tener en cuenta que la sola tenencia de esta posición, no genera una conducta anticompetitiva que perjudique al mercado o a los consumidores, pero es un deber primordial del Estado a través de INDECOPI, velar por la protección de los mismos.

Otra conducta regulada, son las practicas colusorias horizontales, las cuales deben ser entendidas en base al artículo 11° de la precitada Ley, pues las entiende como los acuerdos o decisiones concertadas realizadas por los agentes económicos competidores entre sí, que tengan por objeto restringir o falsear la competencia⁵⁸.

Es por ello que existen prohibiciones absolutas en la norma como lo son la fijación de precios u otras condiciones comerciales o de servicio, la limitación de la

⁵⁸ el Decreto Legislativo 1034 - Ley de Represión de conductas Anticompetitivas, Artículo 11.2: "Constituyen prohibiciones absolutas los acuerdos horizontales inter marca que no sean complementarios o accesorios a otros acuerdos ilícitos..."

producción o las ventas, en particular por medio de cuotas, o el reparto de los clientes del mercado, los proveedores o las zonas geográficas.

Lo relevante, es la existencia de una necesidad de protección al consumidor, debido al mundo globalizado en que vivimos, ya no, como se viene haciendo actualmente, de protegerlo una vez realizado el daño, sino que el Estado debe buscar la manera de protegerlo antes de que suceda el daño, es decir, con un control previo el cual tiene por finalidad frenar el abuso de muchas empresas dominantes en el mercado, y salvaguardar al consumidor.

Todo esto sería posible con una adecuada ley y con un adecuado reglamento en el que se establezca las causales de protección de la norma; es decir, un control previo adecuado ante las fusiones, adquisiciones y concentraciones empresariales, las cuales si bien muchas veces buscan beneficiar al mercado y por ende al consumidor, terminan perjudicándolo y abusando de este, pues existen conductas egoístas preponderantes en los negocios actuales.

1.3.2- Control de Precios, basados en los casos y sanciones recientes emitidos por INDECOPI.

Antes de entrar al tema debemos comprender que la fijación concertada de manera directa o indirecta de precios debe entenderse, en base a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas⁵⁹, como una práctica colusoria horizontal, donde se toman acuerdos, decisiones o recomendaciones realizadas por agentes económicos competidores entre sí, que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia

Un caso emblemático que recientemente se presentó en las redes sociales y en los medios de comunicación es la sanción de INDECOPI a 5 cadenas de farmacias, debido a que estas concertaban los precios de medicamentos y complementos nutricionales.

⁵⁹ Decreto Legislativo N° 1034.

Se trata de la cadena de farmacias conocidas como Arcángel, Fasa, Inkafarma, Mifarma y Felicidad, las cuales fueron multadas con un total aproximado de dos millones de dólares americanos por “... practicas colusorias horizontales en la modalidad de fijación concertada de precios de venta al público, a nivel nacional. Esta conducta está tipificada en el artículo 11.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas”⁶⁰.

Como medida adicional a la sanción pecuniaria establecida para las 5 farmacias mencionadas, también se ordenó una medida preventiva, para que las farmacias en cuestión aplicasen en los próximos años; es decir, un conjunto de acciones para evitar la reincidencia en dichas conductas anticompetitivas.

Dicho conjunto de acciones consisten en la capacitación del personal que interviene en el establecimiento de los precios, en materia de la libre competencia, para que sepan que al incumplir las normas existirá una sanción y dicha capacitación deberá ser notificada constantemente al INDECOPI.

Durante las investigaciones realizadas por INDECOPI se pudo corroborar las farmacias involucradas incrementaron el precio de 36 productos entre los años 2008 al 2009, siendo que la concertación de precios impactó de manera negativa en los consumidores, pues conforme a la investigación realizada, el 88% de los peruanos que realizaron compras de medicamentos fue en boticas o farmacias privadas y el 12% restante en entidades públicas, y estas farmacias involucradas conforman el 72% de la venta de productos farmacéuticos⁶¹.

La identificación de estas concertaciones de precios se debe a un control posterior efectuado a través de un monitoreo de precios del mercado y de las inspecciones

⁶⁰ INDECOPI. El INDECOPI multa 5 cadenas de farmacias, en primera instancia, por concertar precios de medicamentos y les ordena cumplir un programa de prevención, 2016 [ubicado el 19 de Abril del 2017]. Obtenido en https://www.indecopi.gob.pe/inicio/-/asset_publisher/ZxXrtRdgbv1r/content/el-indecopi-multa-a-5-cadenas-de-farmacias-en-primera-instancia-por-concertar-precios-de-medicamentos-y-les-ordena-cumplir-un-programa-de-prevencion?inheritRedirect=false

⁶¹ STC Exp. 008-2010/CLC. (12 /10/2016) Fundamentos 264-267.

realizadas a las farmacias. Dichas acciones permitieron acceder a distintos correos electrónicos donde se coordinaba este actuar ilegal.

Otro caso importante en el que existió concertación de precios se produjo en el año 2015 con las empresas Kimberly Clark S.R.L y Protissa, así como con distintos funcionarios y ex funcionarios de dichas empresas, las cuales anualmente manejan en conjunto alrededor de S/ 800,000,000.00 (Ochocientos millones de soles anuales).

INDECOPI a través de su Secretaria técnica de la Comisión de Defensa de la Libre competencia determinó que ambas empresas habrían acordado la fijación concertada de precios y condiciones comerciales en distintos productos tales como papel higiénico entre otros, todo esto en perjuicio del consumidor peruano.

Ambas empresas son las principales comercializadoras de papel higiénico, y de otros servicios de papel tisú, tales como toallas, servilletas, pañuelos, etc. Siendo que la concertación de precios se estuvo dando entre los años 2005 al 2014, las evidencias de estas concertaciones pudieron ser obtenidas por la Secretaria Técnica a través de los correos y archivos electrónicos entregados por ambas empresas durante las inspecciones realizadas.

Durante la investigación la empresa Protissa brindó su colaboración bajo el programa de Clemencia⁶², siendo la primera empresa en acogerse a este programa y con ello abre la posibilidad de frenar este tipo de abusos a través de un control efectivo y la colaboración eficaz de los involucrados a cambio de sanciones menos severas.

Tanto Kimberly Clark S.R.L (productora de Suave, Kleenex y Scott) y Productos Tissue del Perú S.A (productora de Elite, Noble, Ladysoft), poseen en conjunto

⁶² Programa de Clemencia contemplado en la legislación peruana. A través de este las empresas o personas naturales que hayan participado de un cártel pueden obtener la exoneración o reducción de la sanción que les corresponda, en la medida que colaboren con las autoridades a identificar y sancionar al resto de participantes del cártel. Dicho programa ha demostrado a nivel internacional que es una poderosa herramienta para detectar y evitar la formación de cárteles.

aproximadamente el 88% del mercado de productos de papel tisú, siendo que la primera posee el 33% del mercado y la segunda el 55%⁶³.

Siendo nuevamente que en el presente caso INDECOPI busca controlar de manera adecuada la determinación de precios en el mercado, no estableciéndolos ni fijándolos de alguna manera, sino controlando el proceso en el que se deciden. Además es importante recalcar que esta institución también podría realizar un control preventivo, para determinar de manera adecuada como es que el funcionamiento de una empresa en el mercado puede mejorarlo o perjudicarlo.

1.3.3- Abuso de la posición de dominio, y su control conforme al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia - INDECOPI.

El abuso de posición de dominio es uno de los factores por el cual se obtienen las denominadas fallas del mercado al ser especialmente nocivas para la competencia, generándo; entre otros, inconsistencias y desequilibrios dentro del mismo.

Un caso emblemático es el de Telefónica del Perú debido a que dicha empresa condicionaba la venta de Internet a la compra de su servicio de telefonía fija, lo cual a la fecha ya no se da, sin embargo todo se remonta a este momento en el año 2012, donde se determinó que esta empresa haciendo uso de su posición dominante en el mercado, condicionaba a la compra de dichos servicios en conjunto⁶⁴.

⁶³ INDECOPI. *El INDECOPI abre procedimiento sancionador por presunta concertación de precios de papel higiénico. 2015*[ubicado el 19 de Abril del 2017]. Obtenido en https://www.indecopi.gob.pe/inicio/-/asset_publisher/ZxXrtRdgbv1r/content/el-indecopi-abre-procedimiento-sancionador-por-presunta-concertacion-de-precios-de-papel-higienico?inheritRedirect=false

⁶⁴ TELEFÓNICA cuenta con posición de dominio en el mercado de Internet, toda vez que (i) las cuotas de participación de mercado demuestran que, a nivel distrital, TELEFÓNICA tiene una participación de 100.00% en el 18% de todos los distritos a nivel nacional y que solo en 6 departamentos tiene una cuota menor a 100.00%; (ii) TELEFÓNICA es la empresa dominante en el mercado de telefonía fija, y siendo el acceso al bucle local, una facilidad esencial para el acceso a los usuarios, esta empresa posee una barrera estructural de entrada al mercado de Internet; y, (iii) el tamaño de la red de TELEFÓNICA, le otorga mayor poder de mercado, debido a que las grandes redes producen mayores externalidades. (INFORME INSTRUCTIVO N° 020-STCCO/2012, 18 de abril de 2012)

El problema en este caso era que Telefónica era la única empresa que brindaba el servicio de internet, es decir tenía monopolizado dicho servicio, adicionalmente al ser una empresa de telefonía también ofrecía un servicio de telefonía (valga la redundancia). Siendo que el problema radica en que dicha empresa decidió vender el servicio de internet adicionando el servicio de telefonía, es decir vendía el paquete en conjunto (se encontraba prohibida la compra por separado).

La irregularidad era que dicha venta, condicionaba al usuario a comprar ambos paquetes en conjunto, dejando de lado a las demás empresas de telefonía, por lo que se veía una clara afectación en el mercado, pues el consumidor no era “libre” para elegir con quien contratar el servicio de telefonía.

Es por lo anteriormente mencionado Telefónica fue sancionada con una multa de un millón y medio de soles, por el traslado de su posición de dominio en el mercado de internet fijo al mercado de telefonía donde enfrentaba mayor competencia, y de esta manera impedir que sus competidores accedan a un mayor número de consumidores⁶⁵.

Una forma adicional de reparar el daño causado por dicho actuar era, modificar la contratación de los servicios de telefonía e internet, pues no era necesario contratarlos en conjunto, sino también se permitiría elegir solo uno de ellos dependiendo de las necesidades del usuario.

Otro caso importante del año 2015 es la sanción establecida a la Unión Andina de Cementos SAA, sus distribuidores y directivos, por restringir la competencia y afectar el bienestar de los consumidores, siendo sancionados con una multa ascendente a casi seis millones de soles.

La acción ilegal en la que incurrieron fue negarse a vender cemento, entre los años 2007 y 2008, a todas aquellas ferreterías que compraran cemento de Cemex Perú

⁶⁵ ROJAS PINEDO, Yubitza. *El abuso de posición de Dominio de Telefónica del Perú. 2015* [ubicado el 19 de Agosto del 2017]. Obtenido en http://www.derecho.usmp.edu.pe/sapere/ediciones/edicion_5/articulos/5_El_abuso_de_posicion_de_dominio_de_Telefonica_del_Peru.pdf

SA, siendo que ellos al poseer un mercado importante, podían condicionar a los demás compradores⁶⁶.

Un caso adicional a estos sucedió en el año 2009. La empresa Pilot Station S.A, realizó un abuso de su posición de domino en el mercado de practicaje marítimo⁶⁷ en el Terminal Portuario del Callao, considerando que dicha empresa había celebrado contratos de exclusividad con la totalidad de prácticas disponibles, la negativa injustificada a prestar servicios de practicaje entre otras infracciones, por lo que se le sancionó con 82 UIT.

Se determinó que en relación con dichos contratos de exclusividad se identificaba el abuso de la posición de domino, pues la estrategia empleada por dicha empresa estaba orientada a monopolizar el mercado de administración de prácticos marítimos. Por lo tanto la Comisión estimo que dichos contratos tuvieron un efecto de privar al resto de empresas administradoras de prácticas del Terminal Portuario del Callao, generando de esta manera un efecto exclusorio⁶⁸.

Como se puede apreciar esto casos de abuso de posición de domino son recurrentes, siendo que aquellas empresas que dominan el mercado buscan aprovecharse de esta aceptación o dominio que poseen y así cerrar las oportunidades a otras empresas o negocios.

Es por ello que se necesita un control previo, un control que establezca las reglas claras de juego para que una empresa pueda tener un mayor crecimiento y pueda unir fuerzas con otras, pues caso contrario seguiremos viendo este tipo de actuar, por lo que las multas establecidas muchas veces no pueden reparar el daño causado.

⁶⁶ Exp 003-2008/CLC. Fundamento 9-10

⁶⁷ El practicaje es un servicio universal, obligatorio para buques de más de 500 GT o de cualquier tamaño siempre y cuando transporten mercancías peligrosas. Está dirigido a garantizar la seguridad del puerto, de las instalaciones portuarias, del buque, del medio ambiente y, por ende, de la vida humana. Está catalogado como un servicio concesionado y fuertemente regulado por su incidencia en la seguridad de la navegación.

⁶⁸ Exp 010-2008/CLC. Fundamento 38-39

Debemos tener en cuenta que a la fecha existe un control previo para las concentraciones empresariales en el Sector Eléctrico, es decir existe la Ley N°26876 – Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, la cual tiene vigencia hasta el día de hoy, la cual incluye la eliminación del monopolio ejercido por el gobierno en la época, descomponiéndola en tres pilares fundamentales, generación, transmisión y distribución si bien el sector de generación es considerado como un mercado competitivo, la transmisión y distribución son considerados como monopolios naturales⁶⁹, lo cual genera la necesidad de asegurar las condiciones para mantener la eficiencia del mercado en estos sectores, a través de la ayuda proporcionada por el Estado. Todo ello será tratado con mayor profundidad en el tercer capítulo del presente trabajo.

El presente capítulo nos permite comprender el desarrollo de las fusiones, adquisiciones y concentraciones empresariales en el país, y su regulación dentro de nuestro ordenamiento jurídico, además de comprender el control posterior de los mismos, basados en las distintas infracciones cometidas por empresas que tenían una posición de dominio marcada en el mercado peruano, ya sea haciendo un abuso de esta o con la concertación de precios, todo ello permite apreciar que existe una falta de regulación en lo que respecta al control anterior o ex ante, el cual se verá en los capítulos posteriores.

⁶⁹ GUZMAN REAÑO, Neyla. *Monopolios Naturales: aplicación práctica al sector de distribución eléctrica en el Perú*, Tesis para optar el grado de Ingeniero Eléctrico, Lima, Universidad Nacional de Ingeniería, 2010.

CAPÍTULO II

Capítulo II - Análisis comparado sobre el control preventivo en las concentraciones empresariales

Como se pudo apreciar en el capítulo precedente, cuando los recursos del mercado están en manos de un grupo pequeño, estamos ante la presencia de un monopolio, que si bien en un inicio no es malo, debe ser controlado, ya que esta acumulación de recursos puede convertir en dañina para los consumidores y los negocios. Considerando que muchas veces estos reducen la competencia del mercado, controlando precios o haciendo un uso abusivo de su posición de dominio, es por ello que en el presente capítulo se busca analizar la necesidad y la eficacia de la aplicación de un control preventivo de las fusiones y adquisiciones empresariales, basándonos en la legislación extranjera, para así poder comprender por qué se requiere regular este tema en el ámbito nacional.

2.1 Estados Unidos, sus leyes antimonopolio y su regulación

El derecho antimonopolio norteamericano, como el más antiguo derecho en el mundo en su especie, y como el más amplio en su ámbito de aplicación, goza de una extensa experiencia en cuanto a la aplicación y de la más intensiva impregnación jurídica, y teórico-económica, de la materia, es, entre todos los sistemas mundiales, aquel capaz de procurar la mejor ayuda al consumidor ante las

posibles fallas de mercado⁷⁰. Con el fin de “proteger al consumidor”, a finales del siglo XIX y principios del XX, Estados Unidos promulgó leyes de antimonopolio y de regulación sectorial. Estas leyes pretenden fomentar la libre competencia y limitar las acciones de empresas con poder de mercado.

La legislación antimonopolio norteamericana, hasta las épocas actuales ha sido constantemente modificada. Un intento de modificación fue en el año 1986 cuando la legislación de Reagan propuso no menos de cinco nuevos proyectos de ley antitrust; sin embargo dichos proyectos no fueron aprobados. Es debido a esto que existen otras leyes que se adicionan a su ordenamiento para su mejora normativa, como “La *Clayton Act*”, de la cual hablaremos más adelante.

El inicio de la Legislación *Antitrust* se remonta a la *Sherman Act* de 1890, la cual había prohibido solo dos especies de comportamientos restrictivos de competencia, la restricción competitiva colectiva de contrato, otras acciones conjuntas, o la conspiración y la monopolización ya sea de manera individual o colectiva, o la tentativa de lograr este objetivo⁷¹.

Dicha ley consideró solo regulaciones acerca de sanciones en la forma de penas criminales, procedimientos judiciales de prohibición y pretensiones civiles de indemnización de perjuicios causados, o el intento de causarlos, por un monto del triple del daño efectivo. Con dicho método esta *Ley Sherman*⁷² prohíbe en general las restricciones competitivas colectivas acordadas entre empresas, las resoluciones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas, como también el uso abusivo de su posición de dominio en el mercado.

⁷⁰ MARKERT, Kurt. *Monopolio y Derecho*, Valparaíso, Edeval 1988. p. 17.

⁷¹ Sherman Anti-Trust Act 1890. Título 15 – “COMMERCE AND TRADE”, Capítulo 1—MONOPOLIES AND COMBINATIONS IN RESTRAINT OF TRADE

⁷² Sherman Anti-Trust Act 1890. Obtenido en: <https://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=false&doc=51>
“The Sherman Act authorized the Federal Government to institute proceedings against trusts in order to dissolve them. Any combination “in the form of trust or otherwise that was in restraint of trade or commerce among the several states, or with foreign nations” was declared illegal. Persons forming such combinations were subject to fines of \$5,000 and a year in jail. Individuals and companies suffering losses because of trusts were permitted to sue in Federal court for triple damages”.

El Ley se encontraba limitada debido a que el concepto de “monopolio” intentado o consumado va más allá del concepto de abuso de la posición de dominio del mercado, y porque la sanción comprende también el “acaparamiento” de empresas⁷³. Todo ello debido a su lenguaje vago, y es en esa vaguedad donde las grandes corporaciones aprovecha los vacíos legales, los cuales le permitían realizar ciertos acuerdos restrictivos, los cuales resultaban en concentraciones que tenían un efecto adverso en la competencia. Es por ello que ante los problemas de dicha ley existió la necesidad de una mejora normativa, por lo que se dictó La *Clayton Act*.

Si bien la Ley *Sherman* declaraba el monopolio como ilegal, en algunos casos; la Ley *Clayton Act*, la cual data del año 1914, definía como ilegal, ciertas prácticas de negocio que conducían a la formación de monopolio como resultado de estas. Por ejemplo, específicas formas de mantener compañías y asegurar a los directorios de las mismas fue prohibido, así como también los acuerdos discriminatorios de distribución de ventas en el territorio norteamericano por empresas que se consideraban en el mercado como competidores naturales⁷⁴.

La mencionada Ley conceptualiza el delito de monopolio ilegal como aquella posición desproporcionada del mercado adquisición de dicha posición de dominio⁷⁵, bajo las siguientes consideraciones⁷⁶:

⁷³ Sherman Anti-Trust Act 1890. Obtenido en: <https://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=false&doc=51>
“The Sherman Act was designed to restore competition but was loosely worded and failed to define such critical terms as “trust,” “combination,” “conspiracy,” and “monopoly.” Five years later, the Supreme Court dismantled the Sherman Act in *United States v. E. C. Knight Company* (1895)”.

⁷⁴ Clayton Antitrust Act 1914. Obtenido en: <https://www.britannica.com/event/Clayton-Antitrust-Act>.

⁷⁵ La posición de dominio es una posición de fortaleza económica disfrutada por una empresa que le permite a la misma evitar que una competencia efectiva sea mantenida en el mercado relevante, confiriéndole la posibilidad de comportarse en una medida apreciable en forma independiente de sus competidores, clientes y en definitiva consumidores. Cfr. MARTINEZ MEDRANO, Gabriel. *Control de los Monopolios y Defensa de la Competencia*, Buenos Aires, Depalma Buenos Aires 2002. p.135.

⁷⁶ CHANAME ORBE, Raúl. *La Ley Sherman en Acción*. Obtenido en: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:pYz9HmxmWKAJ:revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/derecho/article/download/10879/9798+&cd=1&hl=en&ct=clnk&gl=pe>. p.4.

- a) Se declara ilegal la discriminación de precios entre diferentes compradores de mercancías de grado y calidad semejantes, siempre que aquellos casos de discriminación puedan dar lugar a una reducción considerable de la competencia o tienda a crear un monopolio en cualquier línea de comercio.
- b) Se declara ilegal el alquiler o la realización de una venta con la condición, de que el comprador no utilice o comercie con mercancías de un competidor en los casos en que ello pueda dar lugar a una reducción de la competencia o tienda a un monopolio en cualquier línea de comercio.
- c) Ninguna compañía podrá adquirir total o parcialmente otra en los casos en que ello pueda dar lugar a una considerable reducción del comercio o tienda a crear un monopolio.

La Ley Clayton, sienta las bases para considerar cuando existe una leal competencia y cuando esta se ve transformada en un abuso, es por ello que se juzgó que existan elementos materiales que permitan comprobar entre la acumulación razonable y la depredación ilegal, entendiéndose ambos como una manera de dominar una empresa en el mercado. Por ejemplo que una empresa A adquiriera el 10% de las acciones de su competencia B, no indica necesariamente un predominio en el mercado, o no asegura su futuro en este, mientras que si dicha empresa A adquiriese más del 50% de la empresa B se hace más clara la posibilidad del crecimiento económico de esta y de su dominio sobre un mercado más amplio.

En el año 1915 se crea una comisión especial, conocida como “*Federal Trade Comision*”, la cual tiene por misión, proteger a los consumidores, previniendo las prácticas anticompetitivas, despectivas e injustas en los negocios, mejorando la elección informada del consumidor y la comprensión publica del proceso competitivo, y logrando esto sin sobrecargar indebidamente la actividad comercial legítima⁷⁷.

La *Federal Trade Comission*, establece una comisión de cinco miembros independientemente de la administración y se encuentra dotada de un apartado

⁷⁷ Federal Trade Comission. Obtenido en: <https://www.ftc.gov/about-ftc>.

administrativo propio. Esta comisión puede proceder contra medios injustos de competencia y contra actos o prácticas injustas en el comercio, o que lo afecten a ellos, junto a los actos de competencia desleal y de publicidad que pueda llevar a error al consumidor, también las controversias a las leyes *antitrust*.

Un punto importante de dicha comisión es que busca solucionar el problema mencionado en los párrafos precedentes con respecto a la *Sherman Act* pues busca regular esa zona gris, ese vacío legal, situado entre las prácticas concertadas prohibidas y el comportamiento paralelo lícito, y de prohibir como método de competencia desleal el juego, permanentemente observando los oligopolios. Como consecuencia tenemos que la *Federal Trade Commission* está facultada para proceder en casos de violaciones a la *Sherman Act* y la *Clayton Act*⁷⁸.

Pese a lo señalado, si bien las leyes son antiguas, tienen vigencia hasta la fecha, por lo que estas se han modificado a través de otras leyes, como la Ley *Web-Pomerene* (1918), donde se estipuló una exención antimonopolista limitada para la formación y operación de asociaciones de empresas, las cuales serían competidoras en el mercado, con la finalidad de buscar la participación en ventas de exportación colectivas. Esta ley también otorgó exenciones, las cuales duraron hasta bien entrada la década de 1920, cuando la Comisión concedió estancias de investigación para aquellas compañías que inicialmente habían calificado bajo esta ley⁷⁹.

Otra Ley que buscó mejorar la normativa Anti-trust es la Ley Hart-Scott-Rodino (1976), la cual enmendó a la Clayton Act, al requerir que las compañías notifiquen a la Comisión y a la División Antimonopolio del Departamento de Justicia antes de establecer las fusiones entre empresas. Otorga a las agencias encargadas de aplicar la ley, tiempo para examinar las consecuencias que tendrán en la competencia las fusiones propuestas. La Comisión podrá bloquear por completo la

⁷⁸ MARKERT, Kurt. *Monopolio y Derecho*, Valparaíso, Edeval 1988. p. 21.

⁷⁹ Cfr. CHANAME ORBE, Raúl. *La Ley Sherman en Acción*. Obtenido en: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:pYz9HmxmWKAJ:revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/derecho/article/download/10879/9798+&cd=1&hl=en&ct=clnk&gl=pe>. p.3.

fusión sustentando su punto de vista de manera adecuada, o podrá solicitar a las empresas solicitantes que vendan parte de sus activos, para así regular el mercado y evitar el posible abuso de su posición de dominio, o la fijación de precios⁸⁰.

A manera de resumen podemos concluir que en Estados Unidos hay una fuerte política de control de Fusiones y Adquisiciones, así como también se regulan los monopolios y los oligopolios, todo ellos con la finalidad de resguardar al consumidor, quien al ser la parte débil en la relación contractual debe ser protegido por el Estado.

Es por ello que las leyes anteriormente mencionadas buscan evitar a toda costa los daños de un posible abuso de posición de dominio en el mercado o de una fijación de precios, y en caso esto suceda sus sanciones son graves para así terminar con la intención de algunos empresarios de perjudicar el mercado.

A continuación se muestra un cuadro resumen de las leyes precitadas y su finalidad:

⁸⁰ Ibídem.

Tabla N°1:

Cuadro Resumen de la Regulación Antimonopolio Estadounidense⁸¹	
LEY	FINALIDAD
<i>Sherman Act</i> <i>(1890)</i>	Prohibir acuerdos de fijación de precios, de limitación de la producción o de reparto de mercado. Declara a los monopolios o intentos de monopolizar ilegales. Esta ley se aplicó en: <ul style="list-style-type: none"> • 1904 para disolver la Northern Securities Company, que monopolizaba el transporte por carretera. • 1911 para el fraccionamiento de Standard Oil (trust que controlaba el 90% de la industria petrolífera).
<i>Clayton Act</i> <i>(1914)</i>	Prohíbe la fusión entre competidores, cuando ello disminuya la libre competencia y los contratos vinculantes (que obligaban al comprador de un determinado bien, a comprar otros productos del mismo vendedor)
<i>Federal Trade Commission</i> <i>(1915)</i>	Es un organismo que analiza y juzga los casos que puedan implicar una competencia injusta. Declara ilegales las prácticas engañosas y los métodos desleales de competencia, velando por el cumplimiento de las Leyes de Sherman y Clayton. La FCT es una de las dos agencias encargadas de velar por el cumplimiento de las leyes antimonopolio. La otra es la División Antimonopolio del Departamento de Justicia. Busca evitar el fraude a los consumidores (etiquetado incorrecto, publicidad engañosa, etc.)

⁸¹ Cuadro Resumen de la Regulación Antimonopolio Estadounidense Fuente: Watching International Economy. Antimonopolio y Regulación. Obtenido en: <https://watchinginternationaleconomy.wordpress.com/2009/04/23/antimonopolio-y-regulacion/>, Enero 2018

La idea básica del procedimiento norteamericano de control previo es que las empresas que van a realizar dicha modificación empresarial; es decir, una fusión o una adquisición, cuya envergadura económica supere cierto límite, tiene por obligación la notificación a las autoridades de defensa de la competencia como la *Federal Trade Commission* y la División Antimonopolio del Departamento de Justicia, con cierta antelación al acto, para que esta pueda ser evaluada.

El límite por encima del cual la operación debe informarse está definido por dos parámetros⁸²:

- a) La empresa compradora debe tener activos o ingresos por ventas superiores a las cien millones de dólares y la adquirida debe tener activos o ingresos por ventas superiores a las diez millones de dólares.
- b) El monto de la operación debe superar los quince millones de dólares, o deberá representar más del quince por ciento del paquete accionario o de los activos de la empresa adquirida.

Luego de la notificación, las autoridades competentes ya mencionadas, pueden iniciar un procedimiento tendiente a bloquear la correspondiente adquisición o fusión, siempre que se considere contravenga la *Sherman Act* o el *Clayton Act*.

El procedimiento de control previo de las fusiones y adquisiciones busca anticipar en el tiempo las posibles acciones legales que las autoridades de defensa de la competencia, y evitar de esta manera el inicio de los procesos de desmembramiento una vez que las concentraciones ya han tenido lugar, porque dichos procesos implican mayores costes, tanto para el estado como para el empresario, que los procesos de inhibición previa a los actos de concentración o fusión⁸³.

⁸² El control previo de las concentraciones y fusiones y la defensa de la competencia en los mercados, Obtenido en:

[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/00A6A0BDA7BB6B140525804500757AC0/\\$FILE/NOTA210116.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/00A6A0BDA7BB6B140525804500757AC0/$FILE/NOTA210116.pdf) p.10.

⁸³ El control previo de las concentraciones y fusiones y la defensa de la competencia en los mercados, Obtenido en:

Como se ha visto hasta el momento el sistema norteamericano prevé la existencia de un periodo de espera para que las empresas interesadas puedan llevar a cabo sus fusión o adquisición, donde dicha solicitud presentada tomará hasta treinta días para las operaciones que impliquen pagos diferidos y 15 días para aquellas que planean realizar al contado; en caso en el tiempo previsto las autoridades correspondientes no se pronunciaran sobre lo solicitado, se entiende que esta ha sido aprobada, por lo que no habría problema alguno en realizar la fusión o adquisición.

A mi criterio solo existe un problema en la normativa norteamericana, pues si bien las autoridades encargadas del control preventivo de estos actos de fusión y adquisición, por sí mismas, no pueden prohibir la operación o sancionar a las empresas implicadas, ya que en el sistema americano dicha función se encuentra bajo la dirección del poder judicial. Esto hace más laborioso el trabajo de las autoridades, pues en caso consideren ilegales algunas fusiones, deberán iniciar un proceso judicial⁸⁴.

Si bien las autoridades no pueden sancionar de manera directa, estos pueden apoyarse en una herramienta importante y es la Ley Antimonopolio Internacional la cual autoriza a la *Federal Trade Commission* a pactar acuerdos de ayuda mutua con autoridades antimonopólicas extranjeras, con la finalidad de intercambiar información sobre las empresas a vincularse, para de esta manera tener un caso más firme a la hora de ser llevado ante el poder judicial⁸⁵.

Podemos apreciar que el control preventivo en el caso norteamericano se basa en un control eficaz frente a las intenciones de empresarios de fusionar o adquirir una empresa, protegiendo de esta manera a los consumidores, evitando las prácticas

[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/00A6A0BDA7BB6B140525804500757AC0/\\$FILE/NOTA210116.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/00A6A0BDA7BB6B140525804500757AC0/$FILE/NOTA210116.pdf) p.11.

⁸⁴ Ibídem. pp. 11-12.

⁸⁵Cfr. CHANAME ORBE, Raúl. *La Ley Sherman en Acción*. Obtenido en: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:pYz9HmxmWKAJ:revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/derecho/article/download/10879/9798+&cd=1&hl=en&ct=clnk&gl=pe>. p.3. Ibídem

colusorias ilegales o el abuso de la posición de dominio antes de que se cause el daño.

Otro punto es que estas leyes nacieron para evitar los monopolios y ciertas formas de colusión. El problema actual son los oligopolios no los monopolios y estos no necesitan recurrir a la colusión para conseguir sus objetivos pues basan su estrategia en la fijación de precios. Algunos piensan que la solución es limitar su tamaño tal como se mencionó anteriormente, con el desmembramiento de una empresa. Si bien las leyes antimonopolio no pueden abordar el liderazgo en precio de manera eficiente, han tenido éxito en desincentivar la fijación de precios y otros comportamientos colusorios⁸⁶.

Estas leyes antimonopolio tienen por finalidad proteger la competencia, y a su vez, al existir una libre competencia, abierta y sin limitaciones, vemos el beneficio directo para los consumidores, pues con la oferta y la demanda se asegura los precios más bajos y productos que cumplan con la finalidad requerida por el consumidor.

En este tipo de mercados cada empresa competidora intentará atraer la mayor cantidad de atraer la mayor cantidad de consumidores al bajar sus precios y mejorar la calidad de sus productos o servicios ofertados⁸⁷, por lo cual hay un doble beneficio, el primero es directamente al consumidor a recibir los productos en las condiciones mencionadas y la segunda es directamente a la empresa, pues innovaran distintos métodos de producción que les generen mayores ganancias, y aquellas que no se adecuen a las necesidades del mercado no podrán continuar operando, por encontrarse en una desventaja competitiva.

2.2 Argentina, sus leyes antimonopolio y su regulación

Ya desde 1923, Argentina cuenta con una legislación antimonopolios, pues la Ley 11.210 de Represión de Monopolios, era una Ley de carácter represivo, a la cual le

⁸⁶ Watching International Economy. Antimonopolio y Regulación. Obtenido en: <https://watchinginternationaleconomy.wordpress.com/2009/04/23/antimonopolio-y-regulacion/>

⁸⁷ U.S. Departamento de Justicia de EE.UU. La coacción antimonopolios y el consumidor. Obtenido en: <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2013/01/31/antitrust-enfor-es.pdf>

faltaba precisión en la tipificación por lo que lamentablemente resultó inaplicable. Se modificó en el año 1946 por la ley 12.906, la cual introdujo modificaciones sustanciales, las cuales la volvieron más precisa, y ahora sí pudo ser aplicada en casos concretos⁸⁸.

La Ley Argentina (Ley 22.262 del año 1980) sobre la defensa de la competencia, no prevé un esquema explícito de control previo o control posterior de las operaciones de fusión o adquisición empresarial; sin embargo, esto no implica que dichas operaciones no puedan ser consideradas como anticompetitivas. Adicional a ello, esta Ley creó la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, en el ámbito de la Secretaría de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales del Ministerio de Producción.

En la citada Ley, para que las acciones de los empresarios encuadren o sean consideradas como anticompetitivas por la ley debe probarse que representa actos que limitan, restringen o distorsionan la competencia, y que además pueden constituir un perjuicio concreto para el interés económico en general. Dicho eso podemos ver que la Ley está pensada para analiza daños efectivamente ocurridos y no para resolver problemas futuros.

La Ley Argentina en su artículo N° 41 regula las siguientes conductas anticompetitivas que pueden causar un daño al consumidor y a la población en general:

- a) Fijar, determinar o hacer variar, directa o indirectamente, mediante acciones concertadas, los precios en un mercado;
- b) Limitar o controlar, mediante acciones concertadas, el desarrollo técnico o las inversiones destinadas a la producción de bienes o servicios, así como la producción, distribución o comercialización de los mismos;

⁸⁸ Sistema Argentino de Información Jurídico. Obtenido en: <http://www.saij.gob.ar/legislacion/ley-nacional-11210.htm#>.

- c) Establecer, mediante acciones concertadas, las condiciones de venta y comercialización, cantidades mínimas, descuentos y otros aspectos de la venta y la comercialización;
- d) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones u operaciones suplementarias que, por su naturaleza y con arreglo a los usos comerciales, no guarden relación con el objeto de tales contratos,
- e) Celebrar acuerdos o emprender acciones concertadas, distribuyendo o aceptando, entre competidores, zonas, mercados, clientelas o fuentes de aprovisionamiento;
- f) Impedir u obstaculizar, mediante acuerdo o acciones concertadas el acceso al mercado de uno o más competidores;
- g) Negarse, como parte de la acción concertada y sin razones fundadas en los usos comerciales, a satisfacer pedidos concretos, para la compra o venta de bienes o servicios, efectuados en las condiciones vigentes en el mercado de que se trate;
- h) Imponer mediante acciones concertadas, condiciones discriminatorias de compra o venta de bienes o servicios, sin razones fundadas en los usos comerciales;
- i) Destruir, como parte de una acción concertada, productos en cualquier grado de elaboración o producción, o los medios destinados a extraerlos, producirlos o transportarlos,
- j) Abandonar cosechas, cultivos, plantaciones o productos agrícolas o ganaderos, o detener u obstaculizar el funcionamiento de establecimientos industriales o explotación de yacimientos mineros, como parte de una acción concertada;

Como podemos apreciar la legislación argentina, no contaba con un control previo; sin embargo, luego de la presentación de distintos proyectos de ley, los cuales se discutieron en la cámara de diputados (Expedientes 630-D-96, 1026-D-96 y 3645-D-96). Por su parte para las concentraciones económicas se prevé la notificación a la autoridad de defensa de la competencia de todas las fusiones, adquisiciones, transferencias de fondos de comercio y contratos de colaboración empresarial.

Dicha notificación deberá efectuarse con anterioridad a que la operación antes mencionada se lleve a cabo, para que la autoridad competente evaluara las características de cada caso⁸⁹.

A pesar de lo mencionado podremos ver en el siguiente cuadro la necesidad imperante de Argentina de poder efectuar un control preventivo pues realizaron distintas modificaciones significativas en su mercado interno. El cuadro pretende mostrar las principales operaciones de concentración desde el punto de vista de su impacto sobre la competencia.

⁸⁹ Ley 22.262 Defensa de la competencia. TITULO II Autoridad de Aplicación. Procedimiento y Sanciones, Capítulo XII Procedimiento y Sanciones (Arts. 45 a 51).

Tabla N°2:

Principales operaciones de concentración empresarial Argentina⁹⁰				
Comprador.	Empresa comprada.	Porcentaje comprado.	Precio (mill \$).	Tipo de operación.
Orígenes S.A.	Activa-Anticipar S.A.	100%	100	Horizontal
Clorox S.A.	Poett S.A.	100%	95	Horizontal
Polisur	Petropol	70%	88	Horizontal
Molinos S.A.	Granja del Sol	100%	61	Horizontal
Coca Cola Femsas Bs As	San Isidro Refrescos	100%	56	Horizontal
Ford Motor Argentina	Sistemaire S.A.	60%	45	Vertical
Solvay	Derivados Petroquímicos	70%	91	Vertical
Terrabusi S.A.	Mayco-Capri S.A.	100%	35	Horizontal
Quilmes S.A.	Cervecerías Bieckert	85%	34	Horizontal
Aluar S.A.	C&K Aluminio S.A.	50%	23	Vertical
Multicanal S.A.	Supercanal S.A.	20%	18	Vertical
Molinos S.A.	Molino Nuevo S.A.	100%	16	Horizontal

⁹⁰ Cuadro de las principales operaciones de concentración empresarial Argentina Fuente: El control previo de las concentraciones y fusiones y la defensa de la competencia en los mercados, Obtenido en: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/00A6A0BDA7BB6B140525804500757AC0/\\$FILE/NOTA210116.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/00A6A0BDA7BB6B140525804500757AC0/$FILE/NOTA210116.pdf) pp.19-20.

Todas las operaciones del cuadro anterior, tienen una característica común, y es que las empresas que han participado de dichas adquisiciones o fusiones tienen un porcentaje significativo del mercado, y, además, todas las ventas realizadas exceden los quince millones de dólares americanos.

Podemos apreciar la modificación significativa en el mercado, pues la mayoría de las veces se han realizado concentraciones horizontales, las cuales implican que las empresas que participan en la operación de adquisición o fusión empresarial, eran competidoras en el mercado de un mismo producto, esto significa una modificación inmediata de la estructura del mercado.

Otro cuadro importante nos muestra las principales Concentraciones y Fusiones existentes en Argentina.

Tabla N°3:

Principales operaciones de Concentración y Fusión existentes en Argentina⁹¹				
Comprador	Empresa Comprada	Porcentaje comprado	Precio (mill \$)	Tipo de operación
CEI	Cablevisión	64%	480	Horizontal
Banco Francés	Banco Crédito Argentino	71,75%	446	Horizontal
Repsol	Eg3 y otras	60%	400	Horizontal
Astra	Pluspetrol	45%	360	
Daewoo	Philco	50%	100	Horizontal
Arcor	Lía	100%	90	Horizontal
Multicanal	Río de la plata cable color	100%	83	Horizontal
Repsol	Algas y otras	100%	75	Vertical
Disco	Su Supermercado	100%	72	Horizontal
Siderar	Comesi	100%	65	Horizontal
Skytel	Radiomensaje S.A.	100%	32	Horizontal
Máxima AFJP	Patrimonio AFJP	100%	26	Horizontal

Al ver los cuadros anteriores podemos entender la necesidad de Argentina de un control previo el cual ya ha sido planteado frente la cámara de diputados, lo que se busca, es realizar un procedimiento guiado por tres principios básicos, que serían la sencillez, la rapidez y la economía en el uso de los recursos dedicados al análisis

⁹¹ Cuadro de las principales operaciones de Concentración y Fusión existentes en Argentina Fuente: El control previo de las concentraciones y fusiones y la defensa de la competencia en los mercados, Obtenido en: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/00A6A0BDA7BB6B140525804500757AC0/\\$FILE/NOTA210116.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/00A6A0BDA7BB6B140525804500757AC0/$FILE/NOTA210116.pdf) pp.19-20.

de las operaciones. El procedimiento debe ser relativamente breve para la gran mayoría de casos y tendrá por objetivo analizar las fusiones y adquisiciones más grandes, dejando de lado todas aquellas fusiones o adquisiciones que no represente una modificación significativa en la cuota de participación en el mercado.

Un punto importante a tratar es la necesidad de definir el límite mínimo; es decir, cuándo será necesaria la solicitud de fusión o adquisición por parte de los empresarios. Existen varias alternativas como lo vimos en el Capítulo 2.1 cuando tratamos a Estados Unidos, pues ellos usan los valores absolutos; o podría también combinarse el límite en términos de participación de mercado como se realiza en Brasil.

El 25 de agosto de 1999 el Congreso Argentino modifica el régimen de la Ley 22.262, con la Ley 25.156 de Defensa de la competencia, introduciendo el sistema de control de concentraciones económicas, y creó un nuevo órgano de aplicación.

El objetivo de dicha Ley, tal como se expresa en su artículo primero⁹², es preservar el interés económico general de conductas anticompetitivas, las cuales restrinjan la competencia en un mercado, o abusen de su posición de dominio, sin embargo la presente ley continua con la aplicación de la regla de la razón, la cual necesita que se demuestren los efectos adversos en contra de los consumidores y del mercado. Esta Ley adicional al “uso de razón” introduce la “teoría de los efectos”⁹³.

⁹² Ley N° 25.156. Ley de Defensa de la Competencia. Capítulo I de los Acuerdos y Prácticas Prohibidas. Artículo N° 1 — Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general. Queda comprendida en este artículo, en tanto se den los supuestos del párrafo anterior, la obtención de ventajas competitivas significativas mediante la infracción declarada por acto administrativo o sentencia firme, de otras normas.

⁹³ Ley N° 25.156. Ley de Defensa de la Competencia. Capítulo I de los Acuerdos y Prácticas Prohibidas. Artículo N°3 - Quedan sometidas a las disposiciones de esta ley todas las personas físicas o jurídicas públicas o privadas, con o sin fines de lucro que realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos puedan producir efectos en el mercado nacional.

Esta ley crea el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, órgano que reemplaza a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. Está compuesto por siete jueces designados por el presidente de la Nación luego de un concurso público realizado por los tres poderes del Estado y representantes de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Económicas, durando los miembros del tribunal en el cargo un periodo de seis años con una renovación parcial de los mismos cada tres años y por último lo que más interesa al presente estudio es que la Ley innovó en el régimen de competencia establecido el control preventivo de las concentraciones económicas⁹⁴.

Una preocupación durante el periodo donde fue elaborada la presente ley era determinar si el control de las concentraciones económicas por parte del órgano de aplicación debía realizarse previamente o con posterioridad a las mismas.

Esta preocupación se encuentra justificada, por un lado, por el peligro que significaría el desarrollo de la libertad empresarial y la imposición de barreras burocráticas a las inversiones, por lo que a creencia, se consideraba que a mayores barreras para el empresario, las inversiones se verían frenadas, pues se consideraría muy oneroso el trámite por lo que los empresarios no invertirían en el país sino irían a otro para realizar sus negocios.

Más allá de la preocupación de los sectores empresarios por el tema, el Congreso Nacional decidió asimilar a la legislación argentina, la legislación vigente en los Estados Unidos y en Europa en Materia de control de concentraciones. Esto es se optó por un control preventivo de las fusiones o adquisiciones empresariales.

El fundamento principal del proyecto de defensa de la competencia, sostuvo que:” el objetivo de las empresas que se proponen realizar una fusión o concentración es aumentar su poder de mercado. Por consiguiente si la operación se realiza, puede producirse una disminución significativa del número de competidores efectivos y un aumento de la capacidad potencial para desarrollar prácticas anticompetitivas. Es así que se prevé la notificación previa para las operaciones que se realicen dentro

⁹⁴ PEÑA, Julián. *Control de Concentraciones Empresariales*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002. pp. 13-14.

de los para metros que especialmente se determinan. El tribunal tienen la facultad de oponerse o condicionar dichos actos cuando afecten la competencia⁹⁵”

El mecanismo establecido en la propia Ley, en su artículo N° 8⁹⁶ que establece que los actos indicados en el artículo N° 6⁹⁷, en los que las empresas afectadas tengan un volumen de negocios que supere determinados umbrales, deberán ser notificados previamente o en el plazo de una semana a partir de la fecha de conclusión del acuerdo de la publicación de la oferta de compra o de canje, o de la adquisición de una participación de control, ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, contándose el plazo a partir del momento en que se produzco el primero de los acontecimientos citados.

A pesar de lo mencionado, se debe tener en cuenta que no todas las concentraciones, o todos los actos de fusión o adquisición se encuentran sujetas al régimen de control previsto por la presente Ley, pues para determinar cuáles son las operaciones que deben ser notificadas a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, se establecen las siguientes condiciones:

- a) Que se trate de una toma de control de una o varias empresas , donde exista la posibilidad de cualquier otro acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica

⁹⁵ Óp. Cit. PEÑA, Julián. *Control de Concentraciones Empresariales*, p. 15.

⁹⁶ Ley N° 25.156. Ley de Defensa de la Competencia. Capítulo I de los Acuerdos y Prácticas Prohibidas. Artículo N°8 - Los actos indicados en el artículo 6° de esta ley, que impliquen la participación de empresas o grupos de empresas en una cuota igual o superior al veinticinco por ciento (25%) o más del mercado relevante, de una parte sustancial del mismo, o cuando suma del volumen de negocio total del conjunto de empresas afectadas supere en el país la suma de doscientos millones de pesos o cuando el volumen de negocio total a nivel mundial, del conjunto de las empresas afectadas supere los dos mil quinientos millones de pesos.

⁹⁷ Ley N° 25.156. Ley de Defensa de la Competencia. Capítulo I de los Acuerdos y Prácticas Prohibidas. Artículo N°6— A los efectos de esta ley se entiende por concentración económica la toma de control de una o varias empresas, a través de realización de los siguientes actos:

- a) La fusión entre empresas;
- b) La transferencia de fondos de comercio;
- c) La adquisición de la propiedad;
- d) Cualquier otro acuerdo o acto que transfiera los activos de una empresa o le otorgue influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria.

o jurídica a una persona o grupo económico los activos de una empresa o le otorgue influencia ordinaria o extraordinaria de una empresa

- b) Que se supere un determinado umbral en el volumen de negocios de las empresas afectadas. Si la suma del volumen de negocio total del conjunto de la empresa afectadas supera en el país la suma de doscientos mil dólares americanos, la operación deberá ser presentada para su examen previo, por parte del Tribunal, para determinar si es factible o no
- c) Que puedan producir efectos en el mercado nacional, la comisión interpretó el alcance de los efectos conforme a la legislación norteamericana y europea, esto es como se mencionó ante que deben ser directos, previsibles y sustanciales
- d) Que no se encuentre expresamente exceptuados por la ley. La ley establece cuatro excepciones; estas son: cuando la compradora ya cuente con más del 50% de las acciones, cuando compren bonos, acciones sin derecho a voto o títulos de deuda de empresas.

Conforme al artículo N°7 una vez que se reúnan estas condiciones y se notifique la operación a la autoridad correspondiente, esta tendrá que determinar el objeto o efecto de la misma, pues como se viene mencionando en el presente estudio, el efecto podría ser disminuir, restringir o distorsionar la competencia de modo que pueda resultar dañino para el interés económico general, siendo esta la razón principal para poder regular y prevenir estos sucesos antes que ocurran.

Como hemos podido apreciar hasta el momento, en Argentina existió la necesidad de regular de manera preventiva las fusiones y adquisiciones empresariales, pues la necesidad radica en que de permitirse que una empresa tome total control del mercado en el que compiten sus productores se podría llegar a supuestos donde cese de existir la libre competencia en el mercado con el riesgo existente de caer en un monopolio no deseado, donde se realicen conductas contraproducentes para el propio sistema.

Si existiese una economía que reúna estas características, se podría llevar a la desaparición de las pequeñas empresas, las cuales serían las víctimas de estas

mega empresas creados en un ambiente no regulado, y también se dejaría desprotegido al consumidor, quien es la persona encargada de mover el mercado por así decirlo, y de mejorar en parte la competencia de las empresas. Es justamente para regular estas consecuencias tan nocivas que se ha creado en el ordenamiento Argentino una ley de control preventivo⁹⁸.

Es por ello que se aprecia la necesidad de protección al mercado y a los consumidores, porque al estar relacionado el control preventivo, al derecho a la libertad de elección, el derecho a la información, y a la protección de sus intereses económicos, como en Perú, siendo el Estado el principal regulador de estas operaciones en el mercado, a manera de asegurar el desenvolvimiento y la relación entre empresa y consumidor y viceversa, por lo que resulta necesario este control, como garantía para ambos.

Todo ello encuentra razón en que el mercado es un espacio donde convergen diferentes agentes económicos dispuestos a satisfacer las necesidades de los demás mediante la integración de la oferta y la demanda. De esta manera, quienes compran y quienes venden pueden satisfacer sus necesidades y obtener ganancias, sin necesidad de excluir a otros del mercado. En consecuencia el acceso al mercado es un bien jurídicamente protegible, nuevamente demostrado que el Estado es el primero que debe velar por su correcto funcionamiento para proteger la estabilidad económica y a los consumidores⁹⁹.

2.3 La Comunidad Europea, y su regulación antimonopolio

Debemos entender que la Unión Europea nació con un anhelo de paz y apoyo mutuo entre todos aquellos países que formasen parte, ella se creó luego de la segunda guerra mundial, y se vino desarrollando a lo largo de los años con las bases de una comunidad que brindase servicio a los pueblos que más lo necesitaban, para

⁹⁸ ZENARRUZA, Andrés. *La nueva ley de defensa de la competencia y sus efectos sobre las concentraciones y fusiones*, Obtenido en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/75/la-nueva-ley-de-defensa-de-la-competencia-y-sus-efectos-sobre-las-concentraciones-y-fusiones.pdf>. p.98.

⁹⁹ EDUARDO TAMBUSI, Carlos. *Antitrust in Argentina: Constitutional Aspects Linked to the Right of Users and Consumers*, Obtenido en: <https://dialnetl.unirioja.es/descarga/articulo/5157874.pdf>.

que todos percibiesen lo mismo en cuanto a alimentos y servicios básicos, siendo que por los años 90 se culmina la creación del mercado único de cuatro libertades de circulación, como mercancías, servicios, personas y capitales¹⁰⁰.

El crecimiento de la Unión Europea significó el desarrollo de un mercado amplio que implicaba a todos los países miembros, es por ello que este mercado debe ser preservado en su totalidad, evitando cualquier tipo de abuso que pueda debilitar o desestabilizar el mismo, con eso en mente la Unión Europea desarrolló un control preventivo al momento de realizar cualquier tipo de acción que pueda ser contrario al bien común.

La Unión Europea busca proteger a la libre competencia, pues es el elemento clave para una economía de mercado abierta, estimulando la competitividad económica y ofreciendo a los consumidores mayores productos y servicios a precios más competitivos; la política de competencia busca garantizar que la competencia no se vea falseada en el mercado interior¹⁰¹.

Las normas sobre la competencia de la Unión Europea buscan garantizar condiciones leales y equitativas a todas las empresas, dando a su vez espacio para que estas puedan innovar y crecer, es decir permite el desarrollo de las empresas sin restricciones, y solo intervendría cuando se cometan los siguientes actos¹⁰²:

- a) Fijar precios o repartirse el mercado entre ellos.
- b) Abusar de su posición dominante en el mercado para expulsar a sus competidores.
- c) Fusionarse, siempre que dicho acto le otorgue una posición de control en el mercado.

El esquema de la Comunidad Europea para el control de las concentraciones y fusiones empresariales es similar al norteamericano, pues como se dijo

¹⁰⁰ La historia de la Unión Europea. Obtenido en: https://europa.eu/european-union/about-eu/history_es

¹⁰¹ El acceso al Derecho de la Unión Europea. Obtenido en: http://eur-lex.europa.eu/summary/chapter/competition.html?locale=es&root_default=SUM_1_CODED%3D08

¹⁰² Unión Europea. Obtenido en: https://europa.eu/european-union/topics/competition_es

anteriormente este esquema es la base de la legislación antitrust en el mundo. Fue regulado a través del Reglamento N°4064/89¹⁰³ del Consejo de Europa, y este confiere a la Comisión Europea no solo facultades investigadoras, sino también poder de decisión respecto de las concentraciones y fusiones que tengan una dimensión comunitaria¹⁰⁴. El tener tal poder implica la posibilidad de:

- a) Aplicar sanciones como desautorizar una fusión o adquisición.
- b) Separar empresas o activos agrupados.
- c) Aplicar multas a las entidades involucradas.

En el artículo N°2 de la Directiva 94/95 del Consejo de la Unión Europea se define a la empresa de dimensión comunitaria, como aquella empresa que ocupe 1000 o más trabajadores en los Estados miembros y, por lo menos en dos Estados miembros diferentes, empleen 150 a más trabajadores en cada uno de ellos.

Por su parte las operaciones de concentración o fusión con dimensión comunitaria se definen por el volumen de negocios de las empresas involucradas y por el hecho de que más de un Estado Miembro de la Comunidad se encuentre afectado por la operación en cuestión¹⁰⁵.

Al igual que en el caso norteamericano, el procedimiento estipulado establece la necesidad de una notificación previa, la cual debe tener lugar en el plazo de una semana desde la concertación de la operación, la existencia de un periodo de espera es de un mes, en el cual se examina el caso, y en el posible supuesto de que la Comisión halle potenciales peligros para la competencia dentro de la

¹⁰³ Reglamento del Consejo de la Comunidad Europea, publicado el 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas.

¹⁰⁴ El control previo de las concentraciones y fusiones y la defensa de la competencia en los mercados, Obtenido en:

[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/00A6A0BDA7BB6B140525804500757AC0/\\$FILE/NOTA210116.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/00A6A0BDA7BB6B140525804500757AC0/$FILE/NOTA210116.pdf) p.12.

¹⁰⁵ Consejo de la Unión Europea, Directiva 94/45 de 22 de septiembre DOL. Obtenido en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2011-8777>

Comunidad Europea, se suspende la operación por un periodo más extenso (incoación)¹⁰⁶.

La Comisión tiene también la facultad de remitir sus casos a las autoridades de defensa de la competencia de la Comunidad Europea, cuando considere que los potenciales efectos anticompetitivos de la operación en cuestión se limitan a un solo país. Sin embargo, el ejercicio de esta facultad es opcional, pues la comisión también puede encargarse directamente del asunto, siempre y cuando este haya pasado el test de la dimensión comunitaria¹⁰⁷.

En el ámbito del derecho comunitario, el ordenamiento *antitrust* tiene dos objetivos claramente identificables, por un lado, busca evitar que a través de las prácticas abusivas o acuerdos colusorios se llegue a una partición del mercado; y, por otro lado, se favorecen los procesos de concentración necesarios, para que las empresas europeas alcancen el suficiente tamaño para estar en condiciones competitivas a las distintas empresas extranjeras¹⁰⁸.

Las normas del Tratado de la Comunidad Europea ofrecen ejemplos que permiten aclarar la diferencia entre normas de defensa de la competencia, denominadas muchas veces *antitrust law*, *diritto di tutela della concorrenza*, derecho de defensa de la competencia y otras normas que regulan la competencia, denominadas *competition law*, *disciplina della concorrenza*, derecho de la libre competencia. De ahí que la *competition policy* del Derecho comunitario esté llamada a cumplir unos fines muy concretos, uno de los cuales es contribuir de forma decisiva al objetivo de

¹⁰⁶ El objetivo del procedimiento de incoación varía según el caso de que se trate, en algunos casos la comisión lo utiliza para recabar información sobre la operación bajo análisis. En otros, lo que se busca primordialmente es que las partes presenten modificaciones al plan de concentración, con la finalidad de obtener un acuerdo que se pueda considerar aceptable desde el punto de vista de la defensa de la competencia, y en el cual a consideración de la comisión se posibilite la fusión. Cfr. El control previo de las concentraciones y fusiones y la defensa de la competencia en los mercados, Obtenido en: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/00A6A0BDA7BB6B140525804500757AC0/\\$FILE/NOTA210116.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/00A6A0BDA7BB6B140525804500757AC0/$FILE/NOTA210116.pdf) pp.19-20.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ DIEZ ESTELLA, Fernando. "Los Objetivos del derecho Antritrust", *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, N°224, Marzo/Abril 2003, 32-52. p.45.

la creación de un Mercado Único integrado por los mercados nacionales de los Estados miembros¹⁰⁹.

En el Tratado de funcionamiento de la Comunidad Europea podemos encontrar que serán incompatibles con el mercado interior y deberán quedar prohibidas todo tipo de acuerdos entre empresas, las decisiones que las asociaciones tomen relacionadas con el control de una empresa y las prácticas concertadas que pudiesen llegar a afectar el comercio entre los estados miembros y que tengan por objeto impedir o restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior¹¹⁰. Se prohíben:

- a) Fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;
- b) Limitar o controlar la producción, del mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
- c) Repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;
- d) Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- e) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

Adicional a ello el tratado establece que será incompatible con el mercado interior y deberá quedar prohibida en la medida que afecte a los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas de la posición dominante que ostenten en el mercado, y dichas prácticas podrían consistir en¹¹¹:

¹⁰⁹ Ibídem p.46.

¹¹⁰ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Título VII, Normas comunes sobre competencia, fiscalidad y aproximación de las legislaciones, Capítulo 1 - Normas sobre competencia, Sección primera, Disposiciones aplicables a las empresas, Artículo N° 101.

¹¹¹ Ibídem, artículo N° 102.

- a) Imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;
- b) Limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;
- c) Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- d) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

El sistema de control de fusiones de la Comunidad Europea se encuentra basado en las prohibiciones que se puedan imponer a las empresas, para que estas no consigan alcanzar una posición dominante en el mercado o reforzar aquella posición que ya poseían antes del acto de fusión o concentración, de modo que resulte un obstáculo para la competencia.

Esta visión de la prohibición de fusiones contra la posición dominante parte de que esta hace esperable aumentos unilaterales en los precios, y hace más fácil los comportamientos anticompetitivos estratégicos, como por ejemplo la discriminación de precios y da ventaja competitiva desmedida a la firma fusionada respecto de sus competidores¹¹². Podemos ver que esta posición entiende a la competencia como un proceso de rivalidad entre empresas la cual debe ser regulada, para un correcto desarrollo del mercado comunitario.

La finalidad del control preventivo de las fusiones y adquisiciones es poder prohibir los comportamientos de los particulares¹¹³ que se dirijan a excluir la competencia y a sustituirla por un monopolio o un oligopolio perjudicial para el mercado. Con

¹¹² MARTINEZ MEDRANO, Gabriel. *Control de los Monopolios y Defensa de la Competencia*. Buenos Aires, DEPALMA, 2002. p.143.

¹¹³ En el presente caso se debe entender como particulares, a todas aquellas empresas que se encuentren desarrollando sus funciones dentro del mercado, o que las acciones que estas realicen tengan alguna relevancia dentro del mismo.

independencia de la finalidad concreta que se atribuya a esta normativa de manera doctrinaria debemos entender que el objetivo común es precisamente evitar que el derecho de la iniciativa económica se ejercite en régimen de monopolio¹¹⁴.

Para entender más a fondo el control preventivo de las fusiones y concentraciones empresariales, hablaremos sobre España, país que se unió a la Comunidad Europea en el año 1986, mediante el tratado de adhesión a la Comunidades Europeas, el cual puso fin a la solicitud presentada por el Gobierno Español años antes, bajo la presidencia de Adolfo Suárez¹¹⁵.

En ese mismo año el Tribunal Constitucional español, manifestó que la defensa de la competencia sirve al objetivo constitucional de defensa de la libertad de empresa y que, en esa actuación, el Estado se configura como un contrapoder al servicio de la libertad de mercado¹¹⁶. Controlando y permitiendo las conductas beneficiosas para este y sancionando aquellas que la perjudiquen, siempre con la visión de dar una efectiva protección al consumidor.

Ahora bien hablaremos sobre el control de concentraciones, el cual fue introducido en el año 1989, mediante la ley 16/1989 de Defensa de la Competencia, en la cual se estipulaba, que si bien se debía notificar a la autoridad competente, esta notificación era voluntaria, es decir quedaba al libre albedrio de los involucrados, y la operación de fusión o concentración no necesariamente quedaba suspendida hasta su autorización. Ello causó que la utilización y eficacia de este instrumento jurídico fuese limitada¹¹⁷.

¹¹⁴ FEDERICO PACE, Lorenzo. *Derecho Europeo de la Competencia*, traducido por Paloma Lopez- Carceller, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. 2007, pp. 56-57.

¹¹⁵ Parlamento Europeo, *30 años de la firma: Tratado de Adhesión en España a la UE*. Obtenido en: http://www.europarl.europa.eu/spain/es/sala_de_prensa/communicados_de_prensa/pr-2015/pr-2015-junio/30a.html

¹¹⁶ LINDE, Luis. *Competencia: ¿Qué se defiende?, ¿a quién se defiende?*, Obtenido en: <http://www.revistadelibros.com/articulos/la-politica-antitrust-la-defensa-de-la-competencia>

¹¹⁷ BENEYTO PEREZ, José María. *Control de Concentraciones Empresariales*, Madrid, DYKINSON S.L. 2005. p.12.

En el año 1999 y 2000 se modifica esta ley y se obliga a las empresas a notificar a la autoridad competente para su evaluación y aprobación posterior, siempre y cuando se den ciertas circunstancias, las cuales serán expuestas más adelante y también tendrá efectos suspensivos.

El control de concentraciones afecta a la práctica total de los sectores económicos aunque lógicamente son más frecuentes las operaciones y notificaciones en determinados sectores como energía, telecomunicaciones, servicios financieros, entre otros. Algunos de estos sectores, por las características de los mercados en los que operan y la regulación a la que ya se encuentran sometidos, encuentran además una especial complejidad, al momento de realizárseles un análisis económico a las operaciones anuales que ellos producen. Es por ello de especial importancia regular este tipo de mercados pues de no haber una regulación específica, que apoye el desarrollo económico, nos veríamos ante un desequilibrio económico potencialmente irreversible¹¹⁸.

A las modificaciones realizadas se le añade además la adopción de las siguientes normas¹¹⁹:

- a) El Reglamento del Consejo (CE) N° 139/2004 de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas.
- b) El Reglamento del Consejo (CE) N° 802/2004 de 7 de abril de 2004 por el que se aplica el reglamento del Consejo (CE) N° 139/2004 sobre control de concentraciones entre empresas
- c) Pas directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales entre empresas competidoras.

La ley que regula el control de las concentraciones empresariales es la Ley de Defensa de la Competencia en la cual se establece un sistema de control previo obligatorio sobre aquellas concentraciones que alcancen una determinada cuota de

¹¹⁸ Op cit. BENEYTO PEREZ, José María. *Control de Concentraciones Empresariales*, pp 12-14.

¹¹⁹ Gobierno de España. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Obtenido en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-12946>

mercado o un determinado volumen de negocios. Cualquier operación de concentración que se deba comunicar a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia estará sujeta a una obligación general de suspensión de su ejecución hasta que no haya sido autorizada¹²⁰.

Para la presente ley se entiende por concentración económica cuando tenga lugar un cambio estable del control de la totalidad o parte de una o varias empresas como consecuencia de¹²¹:

- a) La fusión de dos o más empresas anteriormente independientes.
- b) La adquisición por una empresa del control sobre la totalidad o parte de una o varias empresas.
- c) La creación de una empresa en participación y, en general, la adquisición del control conjunto sobre una o varias empresas, cuando éstas desempeñen de forma permanente las funciones de una entidad económica autónoma.

Adicional a ello podemos ver que en la normativa existen situaciones donde no se considerará como concentración, a la simple redistribución de valores o activos entre empresas de un mismo grupo; la tenencia de manera temporal de participaciones que haya adquirido una empresa para su reventa; o las operaciones realizadas por sociedades de participación financiera en el sentido que adquieran con carácter temporal participaciones en otras empresas, siempre que los derechos de voto solo sean ejercidos para mantener el valor de las inversiones y no para determinar el valor competitivo de dichas empresas y la adquisición de control por una persona en virtud de un mandato conferido por autoridad pública con arreglo a la normativa¹²².

¹²⁰ Comisión Nacional de los Mercados de la Competencia. Obtenido en: <https://www.cnmec.es/ambitos-de-actuacion/competencia/concentraciones>

¹²¹ *Ibidem* Law & Strategy. *El control de las concentraciones empresariales*, Obtenido en: <http://www.ibidem.com/el-control-de-las-concentraciones-empresariales/>

¹²² Ley 15/2007. Ley de Defensa de la Competencia, Artículo 7. Definición de concentración económica.

Dicha ley configura el procedimiento de control de concentraciones empresariales ante la Comisión Nacional de los Mercados de la Competencia en dos fases¹²³:

- a) La primera fase que durará un máximo de treinta días naturales, donde se analizará todas las operaciones notificadas y el Consejo decidirá si la operación notificada debe ser archivada o autorizada, o si en todo caso requiere ser analizada más minuciosamente por los problemas que pudiese generar.
- b) La segunda fase es la aprobación o no por parte del Consejo, la cual resolverá si la concentración debe ser autorizada de pleno o autorizada con compromisos, y en el caso de que los compromisos no fueran suficientes para resolver los problemas identificados se pueden imponer condiciones adicionales como una notificación periódica del desarrollo de las funciones de la empresa.

De ser el caso que no existiesen compromisos o condiciones que permitan resolver los problemas de competencia identificados se prohibirá la concentración, todo ello con la mera finalidad de evitar un daño al mercado nacional, el cual pueda desestabilizar la economía española.

Se prohíbe todo tipo de conducta colusoria, es decir todo tipo de acuerdo, decisión, practica concertada, que tenga por objeto o que puede llegar a producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte de mercado nacional¹²⁴. Como se aprecia este tipo de regulación también existe en nuestro país

¹²³ Ley 15/2007. Ley de Defensa de la Competencia, Artículo 9. Obligación de notificación y suspensión de la ejecución.

¹²⁴ Ley 15/2007. Ley de Defensa de la Competencia - Artículo 1. Conductas colusorias.

- a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.
- b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.
- c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.
- d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
- e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

por lo que se va entendiendo la necesidad de realizar un control preventivo, para poder proteger el mercado antes de que se produzca el daño.

También queda prohibido el abuso de la posición de dominio en todo o en parte del mercado, y ese abuso puede consistir en la imposición de precios u otras condiciones comerciales; la limitación de la producción o la distribución de algún producto o servicio; la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos, la aplicación de condiciones desiguales para prestar servicios iguales o equivalente, y la subordinación o celebración de contratos con condicionales perjudiciales para los competidores¹²⁵.

Además de lo anteriormente señalado existen dos principios que servirían para aliviar o impedir los excesos de una legislación que ampara una política agresiva de defensa de la competencia¹²⁶:

- a) Primero, las actuaciones públicas deben limitarse a asuntos de gran importancia: Se debe intervenir sólo donde las barreras de entrada a los competidores son altas y allí donde las posibilidades de sustitución de los productos o servicios son bajas;
- b) Segundo, respecto a cómo se organiza la administración que debe velar por la defensa de la competencia, la clave es asegurar la independencia de los órganos que la apliquen. Dado que esta política tiene un alto contenido de intervención y de limitación a la libertad de empresa, no se debe dejar en manos de órganos políticos la decisión final, pues esto nos puede llevar a una mala interpretación o desarrollo normativo.

Un mercado que se encuentra debidamente regulado por su importancia para todos los ciudadanos españoles, es el de los medios de comunicación¹²⁷, pues el

¹²⁵ Ley 15/2007. Ley de Defensa de la Competencia - Artículo 2. Abuso de posición dominante.

¹²⁶ MARSHALL, Alfred. *Derecho de la competencia- Antitrust law*, Obtenido en: <http://derechoycompetencia.blogspot.pe/search/label/Concentraciones%20econ%C3%B3micas>

¹²⁷ Entiéndase a los medios de comunicación como los instrumentos utilizados en la sociedad contemporánea para informar y comunicar mensajes en versión textual, sonora, visual o audiovisual. Algunas veces son utilizados para comunicar de forma masiva, para muchos millones de personas, como es el caso de la televisión

ciudadano español puede utilizar la radio, la prensa o la televisión, siendo esta última la de mayor uso por parte del ciudadano promedio, llegando a usarla hasta más de 3 horas diarias¹²⁸.

La radio la televisión y la prensa, no solo desarrollan constantemente una actividad informática, sino que también realizan una actividad económica, pues mediante estos instrumentos las personas también pueden obtener ganancias y distintos ingresos; es decir existe una dualidad de fines, por un lado tenemos la función de informar al público, y por otra parte se encuentra buscar la obtención de una ganancia¹²⁹.

Este sector tuvo un desarrollo diferenciado en dos etapas o fases, la primera era que la tecnología se encontraba limitada por la poca variedad de canales disponibles que se podían ofrecer al público, por lo cual se estableció un monopolio público, en se encargaba en ese entonces el Estado; en una segunda fase, con el avance constante de las tecnologías, ese monopolio estatal fue cediendo poco a poco, hasta ser sustituido por un sistema dual en el que el estado si bien posee un mercado de las telecomunicaciones, los particulares también pueden gestionar algunas emisoras de televisión y radio¹³⁰.

Con este mencionado avance y crecimiento empresarial constante, se puede comprender que se busca, por parte de los empresarios, responder a la globalización, incrementar el tamaño de la empresa, el deseo de aprovechar las posibles fusiones, para poder obtener una cuota mayor en el mercado de las

o los diarios impresos o digitales, y otras, para transmitir información a pequeños grupos sociales, como es el caso de los periódicos locales o institucionales. Cfr. ARANGO, Ángel. Los medios de Comunicación. Obtenido en: http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/ayudadetareas/comunicacion/los_medios_de_comunicacion

¹²⁸ EIROA, Tamara. *Los españoles se pasan casi cuatro horas al día delante de la televisión*. Obtenido en: <https://www.lavozdegalicia.es/noticia/television/2016/11/22/espanoles-pasan-cuatro-horas-dia-delante-television/00031479816493565413239.htm>

¹²⁹ PEREZ GOMEZ, Alberto. *El control de las concentraciones de medios de comunicación en el derecho español y comparado*, Editorial Dykinsol, Madrid, 2002. pp15-17.

¹³⁰ *Ibíd*em p.23.

telecomunicaciones, así como también el apoyo mutuo y coordinado en el desarrollo de la información alcanzada al público.

Las principales consecuencias de las concentraciones o de los conglomerados de los medios de comunicación se pueden explicar desde dos perspectivas distintas como son desde un punto de vista económico y desde un punto de vista de la información; desde el primer punto de vista se puede apreciar el interés de obtener un ingreso a través de la venta de noticias al público, y desde el segundo punto de vista de la información, se analiza que información poder venderle a este público.

Todo ello nos muestra lo que genera una economía eficiente e integrada, pues los consumidores poseen grandes garantías de que sus derechos se encontrarán protegidos por el mismo Estado si surge algún tipo de problema en la adquisición de bienes o servicios en cualquiera de los otros paises de la Unión Europea.

La Unión Europea garantiza a los consumidores un elevado nivel de seguridad, al momento de aplicar rigurosos requisitos en distintos elementos que necesitan, como juguetes, aparatos eléctricos, productos farmacéuticos, alimentos, entre otros. Estas normas permiten retirar los productos defectuosos por ser poco seguros, manteniendo la mejora constante de estos, todo ello con la finalidad de proteger los intereses generales del consumidor en las siguientes áreas¹³¹:

- Prácticas comerciales justas.
- Publicidad engañosa y comparativa.
- Indicación y etiquetado de precios.
- Cláusulas contractuales abusivas.
- Venta a distancia y a domicilio.
- Multipropiedad y vacaciones combinadas.
- Derechos de los viajeros (vacaciones o negocios).

Con lo mencionado en los párrafos precedentes y con el ejemplo claro de la regulación en el mercado de la comunicación se puede apreciar la necesidad de un

¹³¹ La Unión Europea: Nuevas Políticas de Consumidores de la Unión Europea. Obtenido en: https://europa.eu/european-union/topics/consumers_es

control específico que lo regule y proteja, y que mejor manera de hacerlo que mediante un control previo para las fusiones o adquisiciones empresariales, las cuales si bien no aseguran de manera directa el funcionamiento correcto del mercado, debido a que aún se podría dar un abuso de la posición de dominio, este control frenaría en parte dicho actuar.

2.4 Colombia y su legislación Antitrust

La legislación Colombiana establece un régimen de control previo de fusiones y adquisiciones en el cual se obliga a las empresas que se dedican a la misma actividad económica a informar al Gobierno Nacional de las operaciones que se realizarán con el efecto de fusionarse, consolidarse o integrarse entre sí, cualquiera que sea la forma jurídica de dicha consolidación, fusión o integración y establece que las empresas podrán proceder a realizar la operación si el Gobierno no la ha objetado en el plazo de 30 días luego de presentada la documentación completa de notificación¹³².

Esta regulación de fusiones, adquisiciones o concentraciones empresariales, dato del año 1950, año en el que se da la primera legislación antitrust, basada en la normativa Norteamericana y de la Comunidad Europea, sin embargo debido al modelo económico proteccionista que se vivió en la época, la legislación antitrust no fue aplicada.

Ya el 14 de diciembre del año 1959 se da la ley N°155, la cual regulaba la libre competencia y también regulaba las prohibiciones expresas a prácticas restrictivas de la competencia y lineamientos aplicables a ciertas integraciones empresariales, sin embargo dicha ley en su artículo primero legitimaba al gobierno para autorizar

¹³² JARQUE, Carlos. *Derecho y política de la competencia en Colombia*. Publicaciones de la OCDE y del Banco Interamericano de Desarrollo. pp. 13-15.

acuerdos o convenios, que a pesar de ser limitantes a la competencia, pudiesen dar una estabilidad a un sector básico de interés para la economía nacional¹³³.

Dicha ley solo ha sufrido dos modificaciones a lo largo de la historia colombiana, la primera en el año 1963 a través del Decreto N°1302 y en el año 1992 con el decreto N° 2153, donde este último es el que modifica el modelo económico colombiano, con la finalidad de abrir el mercado nacional al mundo y la ley 1340 del 14 de Julio del año 2009¹³⁴.

La última modificación del año 1992 se da gracias al proceso constitucional Colombiano, el cual data del año 1991 en el cual el Estado se percata que no puede ser indiferente a las relaciones económico sociales, optando en esta nueva etapa por una economía social del mercado.

Dicho sistema cuenta con varios principios recogidos por su autoridad competente en la protección de los mercados (Súper intendencia de Industria y Comercio), los cuales son los mismos principios recogidos en el Código de protección y defensa al consumidor de INDECOPI:

- a) Principio de pro libertad.
- b) Principio de pro igualdad.
- c) Unidad de mercado, pluralidad de actores.
- d) Intervención pública económica.
- e) Principio de la libre competencia.
- f) Principios y derechos económicos sociales.

Estos principios buscan mantener un mercado estable y libre de abusos, es por ello que la Súper Intendencia de Industria y Comercio, tiene una labor tan importante, la cual debe velar por la estabilidad económica de un país y por la protección de los consumidores, labor que se viene realizando año tras año de una manera

¹³³ ALARCON PEÑA, Andrea. *La libre competencia económica en el derecho colombiano: una revisión desde la economía social de mercado y sus implicaciones normativas*, Revista Prolegómenos - Derechos y Valores, 2016, 109-124.

¹³⁴ MIRANDA LONDONO, Alfonso. *Antitrust merger policy in Colombia*. Cornell International Law Journals, Comparative Antitrust Policies in mergers and Adquisitions, Volumen 43, 2009, 365-379.

significativa, todo ello para poder mantener las libertades económicas, y un respeto total de la normativa vigente en la materia, pues sin esto se caerían en abusos por parte de las empresas dominantes del mercado..

Con el apoyo del decreto N° 2153 esta intendencia estuvo realizando sus labores de control preventivo para las fusiones y adquisiciones empresariales, tal como se muestra en el siguiente cuadro:

Tabla N°4:

Control de Fusiones y Adquisiciones en Colombia¹³⁵				
Año	Notificación	Autorizadas	Remediadas	Objetadas
1998	132	132	0	0
1999	118	118	0	0
2000	126	123	2	0
2001	121	93	2	0
2002	104	70	9	1
2003	62	47	3	0
2004	97	90	2	3
2005	103	98	3	0
2006	112	98	4	3
2007	83	62	3	1
Total	1058	931	29	8

Ya en el año 2009 con la publicación del Decreto 1340 el 14 de Julio del mismo año, queda desfasada la norma anteriormente mencionada, pues el Decreto 1340 otorga nuevos valores, y facultades a la Súper intendencia de Industria y Comercio con la finalidad de que pueda efectuar sus labores de una manera más efectiva, siendo que dentro de las modificaciones se establecen mayores sanciones para los infractores y un periodo mayor de control.

¹³⁵ Cuadro sobre el Control de Fusiones y Adquisiciones en Colombia Fuente: http://www.sic.gov.co/Servicios_en_Linea/promocion.

También dicho decreto especificó en su artículo N° 9 que las integraciones empresariales que deben comunicarse a la superintendencia no se predicen de todas las empresas o agentes económicos. Solo deben reportarse aquellas que cumplan con los siguientes requisitos:

- a. Las compañías deben dedicarse a la misma actividad económica o participar en la misma cadena de valor (vertical u horizontalmente);
- b. En conjunto o individualmente consideradas hayan tenido en el año fiscal anterior a la operación proyectada ingresos operacionales superiores al monto determinado por la SIC;
- c. Cuando las empresas en conjunto o individualmente en el año fiscal anterior a la operación hayan tenido activos superiores al monto que haya señalado la SIC. A su vez, los interesados deben contar con más del 20 % del mercado relevante.

Con el ánimo de poder corregir el peligro inminente que se puede percibir en los mercados, se estima la necesidad de la existencia de una autoridad especial que dirija la normativa antitrust, que concilie con los extremos sociales y colectivos involucrados, para hacer más disuasorio y seguro el sistema de defensa de la competencia. Considerándose también que todos los elementos recogidos por la legislación antitrust buscan proteger las libertades reconocidas por la constitución colombiana como: la defensa de la libertad, la descentralización del poder económico, la distribución equitativa del bienestar, la tutela de aspectos sociopolíticos, la protección de los competidores, la defensa de las empresas, y la protección al consumidor¹³⁶.

Podemos ver claramente que una fusión notificada puede ser autorizada, recibir objeciones o puede autorizarse con condiciones tales como: cesiones de activos, mantener unidades de negocios separadas, acceso abierto de los competidores a las facilidades logísticas o de producción, terminación de esquemas de fidelización

¹³⁶ SOTO-PINEDA, Jesús. *Consumer protection as the primary purpose of defense of competition: The United States, European and Colombian experience 2014*. Obtenido en: <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/4061/3901>.

de clientes, transferencia de tecnología, vigilancia de precios y costes, mantenimiento de marcas separadas y divulgación de información comercial¹³⁷.

La necesidad imperante de esta regulación en el ámbito colombiano se deslinda del número significativo de empresas que existen en su mercado, las cuales puede llegar a ostentar una posición de dominio privilegiada, la cual en algún momento podría generar una situación perjudicial, es por ello que este control busca minimizar los riesgos del mercado, sometiendo a las fusiones, adquisiciones o concentraciones empresariales a un control ex-ante.

¹³⁷ JARQUE, Carlos. *Derecho y política de la competencia en Colombia*. Publicaciones de la OCDE y del Banco Interamericano de Desarrollo. pp. 13-15.

2.5- Cuadro comparativo entre la legislación internacional y nacional:

Cuadro comparativo entre la legislación internacional y nacional ¹³⁸				
	LEY	ÓRGANO ENCARGADO	PLAZOS	SE NOTIFICA
ESTADOS UNIDOS	- SHERMAN ACT - CLAYTON ACT	-FEDERAL TRADE COMISSION - DIVISIÓN ANTIMONOPOLIO DEL DEPARTAMENTO DE JUSTICIA	a) Treinta días para las operaciones que impliquen pagos diferidos b) 15 días para aquellas que planean realizar al contado	a) La empresa compradora debe tener activos o ingresos por ventas superiores a las cien millones de dólares y la adquirida debe tener activos o ingresos por ventas superiores a las diez millones de dólares. b) El monto de la operación debe superar los quince millones de dólares, o deberá representar más del quince por ciento del paquete accionario o de los activos de la empresa adquirida.
ARGENTINA	- Ley 25.156 de Defensa de la competencia	TRIBUNAL NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA	El Tribunal Nacional de Defensa de Competencia fijar con carácter general la información y los plazos en que dicha información debe ser provistos.	a) La fusión entre empresas; b) La transferencia de fondos de comercio; c) La adquisición de la propiedad; d) Cualquier otro acuerdo o acto que transfiera los activos de una empresa o le otorgue influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria.
COMUNIDAD EUROPEA	-El Reglamento del Consejo	CONSEJO DE LA COMUNIDAD EUROPEA	a) La primera fase que durará un máximo de treinta días naturales,	a) La fusión de dos o más empresas anteriormente independientes.

¹³⁸ Cuadro comparativo entre la legislación internacional y nacional. Realización propia.

	(CE) N° 139/2004 -El Reglamento del Consejo (CE) N° 802/2004		donde se analiza la información proporcionada. b) La segunda fase es la aprobación o no por parte del Consejo	b) La adquisición por una empresa del control sobre la totalidad o parte de una o varias empresas. c) La creación de una empresa en participación y, en general, la adquisición del control conjunto sobre una o varias empresas, cuando éstas desempeñen de forma permanente las funciones de una entidad económica autónoma.
COLOMBIA	a) Ley N°155, la cual regulaba la libre competencia. b) Ley 1340 del 14 de Julio del año 2009.	SÚPER INTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO	El plazo de 30 días luego de presentada la documentación completa de notificación	a) Las compañías deben dedicarse a la misma actividad económica o participar en la misma cadena de valor (vertical u horizontalmente); b) En conjunto o individualmente consideradas hayan tenido en el año fiscal anterior a la operación proyectada ingresos operacionales superiores al monto determinado por la SIC; c) Cuando las empresas en conjunto o individualmente en el año fiscal anterior a la operación hayan tenido activos superiores al monto que haya señalado la SIC. A su vez, los interesados deben contar con más del 20 % del mercado relevante.
PERÚ	Ley N° 26876 denominada "Ley Antimonopolio y antioligopolio del Sector Eléctrico"	COMISIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA DE INDECOPI	La petición se resolverá en un plazo máximo de 90 días calendarios contados a partir de la fecha de su presentación.	a) Se notifica, si el porcentaje de la adquisición es mayor o igual al 15% del mercado de concentración horizontal. b) Se notifica, si el porcentaje de la adquisición es mayor o igual al 5% del mercado de concentración vertical

CAPÍTULO III

Capítulo III – Propuesta de regulación para el control preventivo en las fusiones, adquisiciones y concentraciones empresariales

El presente y final capítulo, ha sido destinado para la contrastación de nuestra hipótesis planteada, pues finalmente en el presente apartado veremos si en efecto, existe una necesidad imperante para regular el control preventivo de las fusiones, adquisiciones y concentraciones empresariales, en base a la normativa nacional e internacional analizada, para así poder plantear de una manera eficiente un proyecto de ley que abarque los vacíos legales.

3.1- Antecedentes de estudio

3.1.1- Control preventivo de adquisiciones y fusiones en la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico y su Reglamento – Ley N°26876.

Como se podrá apreciar en el presente apartado, existe un control preventivo, específicamente hablando, para el sector eléctrico, el cual se encuentra regulado en su totalidad, con la principal finalidad de proteger al consumidor contra las prácticas abusivas de aquellos que ostenten un poder económico superior al de muchas empresas, en lo que concierne a generación, transmisión y distribución de energía eléctrica.

Antes de hablar propiamente de la ley veremos que se tiene su origen en la Ley N° 25884 denominada “Ley de Concesiones Eléctricas” la cual fue dada en 1992. Esta norma buscó desarticular el monopolio existente a la fecha en el sector eléctrico, dividiéndolo en tres actividades, en transmisión, generación y distribución. Adicional a ello la ley mencionó “...dos grupos de clientes finales o mercado de consumidores: clientes regulados y clientes libres, que también se denominan como mercado regulado y mercado libre”¹³⁹.

El primer grupo puede ser entendido como aquellos consumidores pequeños del tipo ya sea doméstico, industrial y comercial cuya demanda anual no supera los 200 kw, y a los del segundo grupo, los denominados clientes libres, se encuentra conformado por aquellos consumidores de energía superiores a los 200kw, siendo los principales clientes las empresas mineras¹⁴⁰.

En el artículo N° 122 de la Ley N° 25884, se estableció que “Las actividades de generación y/o transmisión pertenecientes al Sistema Principal y/o distribución de energía eléctrica, no podrán efectuarse por un mismo titular o por quien ejerza directa o indirectamente el control de este, salvo lo dispuesto en la presente ley” y la finalidad de este artículo es conseguir que en el desarrollo de las tres actividades mencionadas en el párrafo precedente sean manejadas o controladas por personas distintas, buscando que no exista una disminución o restricción de ningún tipo a la competencia.

En el año 1997 se da la Ley N°26876 – Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, la cual establece que la Comisión de la Libre Competencia de INDECOPI, pueda autorizar, bajo ciertos supuestos, las fusiones y adquisiciones directas o indirectas entre agentes económicos, en virtud de la cual se concentran sociedades, acciones o activos en general, de aquellas empresas que desarrollen actividades en el mencionado sector.

¹³⁹ ARAGON, Ismael. “El mercado de electricidad en el Perú”, *Circulo de Derecho Administrativo*, Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/download/13529/14155>. p-166.

¹⁴⁰ *Ibidem*. p-166.

Esta Ley establece expresamente que su objetivo es evitar aquellos actos de concentración que tengan por efectos disminuir o dar o impedir la competencia y la libre concurrencia en los mercados de generación, transmisión o distribución de energía eléctrica en el mercado¹⁴¹.

Entendemos que la finalidad de la Ley es reglar las concentraciones tanto verticales como horizontales, las cuales se produzcan en las actividades de generación, transmisión o distribución de energía eléctrica, es decir que la Ley ejerce un control preventivo sobre las adquisiciones y fusiones de empresas, pues si bien estas son figuras jurídicas distintas, en la presente Ley tienen una figura en común y es la concentración¹⁴².

Esta Ley nos hace pensar en que si el mercado de energía eléctrica necesita un control previo ¿por qué los demás mercados a pesar de brindar servicios fundamentales a la población, no se encuentran regulados con un control previo que evalúe su funcionalidad en el mercado? O existe la posibilidad de que a pesar de necesitarlo las grandes concentraciones de poder que se ven actualmente en el

¹⁴¹ Ley N°26876. Art. 1.- "Según lo dispuesto por la Ley, las concentraciones de tipo vertical u horizontal que se produzcan en las actividades de generación y 1 o de transmisión y 1 o de distribución de energía eléctrica se deberán sujetar a un procedimiento de autorización previa por parte de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI, en adelante la Comisión".

¹⁴² Ley N°26876. Art. 2.- "... se entiende por concentración la realización de los siguientes actos: la fusión; la constitución de una empresa en común; la adquisición directa o indirecta del control sobre otras empresas a través de la adquisición de acciones, participaciones, o a través de cualquier otro contrato o figura jurídica que confiera el control directo o indirecto de una empresa incluyendo la celebración de contratos de asociación "joint venture", asociación en participación, uso o usufructo de acciones y/o participaciones, contratos de gerencia, de gestión, y de sindicación de acciones o cualquier otro contrato de colaboración empresarial similar, análogo y/o parecido y de consecuencias similares. Asimismo, la adquisición de activos productivos de cualquier empresa que desarrolle actividades en el sector; o cualquier otro acto, contrato o figura jurídica incluyendo legados, por virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general, que se realice entre competidores, proveedores, clientes, accionistas o cualesquiera otros agentes económicos.

No se considera que existe concentración cuando el control lo adquiera una persona en virtud de un mandato temporal conferido por la legislación relativa a la caducidad o denuncia de la concesión, reestructuración patrimonial u otro procedimiento análogo".

país, impiden este tipo de control por intereses netamente económicos antes que sociales.

Volviendo al análisis de este apartado, la Ley nos dice que busca controlar, como se mencionó en los párrafos anteriores, las concentraciones de tipo vertical¹⁴³ y horizontal¹⁴⁴ que se produzcan en las actividades de generación, transmisión o de distribución de energía eléctrica, las cuales deben sujetarse a un procedimiento previo, donde el encargado de otorgar esa autorización será el mismo INDECOPÍ a través de su Comisión de Libre Competencia.

Conforme a lo señalado anteriormente podemos apreciar que la Ley se encuentra inspirada en el “*rule of reason*”¹⁴⁵, o regla de razón, donde se comprueba que las concentraciones económicas no se prohíben por sí mismas, sino que se establece que los actos de fusión o adquisición que conlleven a las concentraciones de mercado, deberán ser autorizados, dependiendo de los efectos que se vayan a generar en la libre competencia¹⁴⁶.

Como se puede apreciar el control de concentraciones empresariales se justifica por la posible realización de operaciones de concentración que pueden plantear un

¹⁴³ La Concentración Vertical es aquella que intenta concentrar todas o la mayor parte de las fases de un mismo proceso productivo, lo que también se aplica a empresas de la misma industria pero que operan en diferentes etapas del proceso de producción. En Enciclopedia Económica.

¹⁴⁴ La Concentraciones horizontal consiste en la unión entre productores y proveedores de un mismo tipo de bien o servicio y que participan en un mismo mercado, dicho concepto participa de matices, donde no se requiere necesariamente que los bienes sean idénticos; si no que basta que puedan ser sustitutos el uno del otro. En LIZANA, Claudio y PAVIC, Lorena “Control preventivo de fusiones y adquisiciones frente a la legislación antimonopolios” *Revista Chilena de Derecho* Vol. 29 Nro. 3 Sección Estudios (2002) pp.509-511.

¹⁴⁵ Deberá existir una sanción únicamente en tanto y en cuanto se compruebe i) que se ha perjudicado a los consumidores al obtener ventajas, que no hubiesen sido susceptibles de ser adquiridas sin el monopolio o la posición de dominio existente y ii) que se ha dañado indebidamente e ilegalmente a los competidores, es decir, que ha existido un perjuicio a terceros.

¹⁴⁶ REBAZA, Alberto. *El control de las adquisiciones y fusiones en la nueva ley antimonopolio del sector eléctrico: Una raya más al tigre del intervencionismo*, Obtenido en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5109701.pdf>

problema a la competencia al establecer estructuras de mercado que limiten o restrinjan la competencia en perjuicio de los consumidores.

La reducción de la competencia producto de la concentración del poder económico en un número menor de unidades empresariales, ubica a éstas en posición más idónea para llevar a cabo acciones susceptibles de afectar el interés económico general, entre los que se incluye el bienestar de los consumidores¹⁴⁷.

Ciertamente podemos ver que es posible la existencia de concentraciones verticales y horizontales, pues no siempre existirá una afectación desfavorable en el mercado. No obstante, éstas habrían de ser autorizadas por la Comisión del INDECOPI, quien deberá evaluar si existe la posibilidad de que dicha concentración disminuya o dañe de alguna manera la estabilidad en el mercado, por la afectación directa que pudiese tener sobre la libre competencia en las actividades de generación, transmisión o distribución de energía eléctrica.

La Comisión podrá intervenir siempre y cuando el porcentaje sea igual o mayor al 15% del mercado en los actos de concentración horizontal, y en los casos de concentración vertical el porcentaje sea igual o mayor al 5% de cualquiera de los mercados involucrados; sin embargo, no será necesaria la autorización si la acción realizada implica la acumulación directa o indirecta por parte del adquiriente de menos del 10% del total de las acciones o participaciones con derecho a voto de otra empresa, a menos que dicha adquisición le permita el control directo de la empresa¹⁴⁸, esto es debido a que si se adquiriese un porcentaje mayor, se iría en contra de la Ley.

¹⁴⁷ Organisation For Economic Co-Operation and Development. *“El control de concentraciones empresariales”* Obtenido en www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/38858956.pdf

¹⁴⁸ Ley N°26876. Art. 3.- “... Deberá solicitarse la autorización previa respecto de los actos de concentración que involucren, directa o indirectamente, a empresas que desarrollan actividades de generación y/o transmisión y/o distribución de energía eléctrica que posean previa o posteriormente al acto que originó la solicitud de autorización, de manera conjunta o separada, un porcentaje igual o mayor al 15% del mercado en los actos de concentración horizontal. En el caso de actos de concentración vertical, aquellos que involucren, directa o indirectamente, a empresas que desarrollan actividades de generación y/o transmisión y/o distribución de

Un punto importante a recalcar es el de las sanciones establecidas por la Ley, puesto que ellas, ante un incumplimiento, pueden alcanzar un máximo de 500 UIT y una multa de hasta el 10% de ventas o ingresos brutos, que haya recibido la empresa el año anterior a la decisión de la Comisión.

Para la interpretación del artículo N° 05 llegó a ser necesaria la aprobación de un precedente vinculante de observancia obligatoria por parte del INDECOPI¹⁴⁹, donde se interpretan los alcances del presente artículo de la siguiente manera: “Si de la investigación o del procedimiento respectivo resultará que los actos de concentración pudiesen tener como efecto el disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia, la Comisión de Libre Competencia o el Tribunal de Defensa de la Competencia, en su caso, podrán adoptar las siguientes medidas:

- a). Sujetar la realización de dicho acto al cumplimiento de las condiciones que determine;
- b). Ordenar la desconcentración parcial o total de lo que se hubiere concentrado indebidamente, la terminación del control o la supresión de los actos, según corresponda. El ejercicio directo o indirecto del control a través del ejercicio del derecho de voto de las acciones o de cualquier otro acto jurídico que confiera el control sobre la empresa objeto de concentración, quedará en suspenso hasta el cumplimiento definitivo del mandato de desconcentración”

En este artículo se establece la posibilidad de que la operación de concentración empresarial se encuentre sujeta al cumplimiento de ciertos actos, los cuales deben ser de naturaleza temporal; es decir, las investigaciones que deba realizar la autoridad competente serán resueltas en los plazos establecidos, pues se debe

energía eléctrica que posean previa o posteriormente al acto que originó la solicitud de autorización, un porcentaje igual o mayor al 5% de cualquiera de los mercados involucrados...”.

¹⁴⁹ Resolución de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia N° 0623-2014/SDC-INDECOPI.

revisar la manera cómo afectaría la concentración de las empresas que deseen unir fuerzas en el sector eléctrico¹⁵⁰.

La Comisión adicionalmente a las medidas correctivas económicas tiene otras alternativas para proceder¹⁵¹:

Sujetar la realización del acto de concentración al cumplimiento de las condiciones que determine; Ordenar la desconcentración parcial o total de lo que se hubiera concentrado indebidamente, la terminación del control o la supresión de los actos, según corresponda.

Como podremos ver en el siguiente gráfico se muestra el desarrollo del mercado en el ámbito eléctrico del país, siendo que es muy cambiante, por lo que se puede ver cómo es que INDECOPI en muchos casos ha autorizado la Fusiones o adquisiciones en el mercado de energía eléctrica.

¹⁵⁰ DURAND CARRION, Julio. "Necesidad de regular el control de fusiones en el Perú como mecanismo de defensa de la libre competencia", *Centro de investigación en derecho concursal y propiedad intelectual, competencia y protección al consumidor*, Lambayeque, Universidad San Martín de Porres 2014. p-12.

¹⁵¹ Ley N°26876. Art. 6.- "La Comisión de Libre Competencia del INDECOPI podrá imponer a las personas o empresas a que se refiere el Artículo 4 de la presente Ley, multas por un importe no mayor a 500 UIT cuando: omitan la presentación de la solicitud de autorización de un acto de concentración antes de ser efectuado, suministren datos inexactos en la solicitud presentada o en respuesta a los requerimientos de la Comisión, o no proporcionen la información dentro de los plazos establecidos

Tabla N°6:

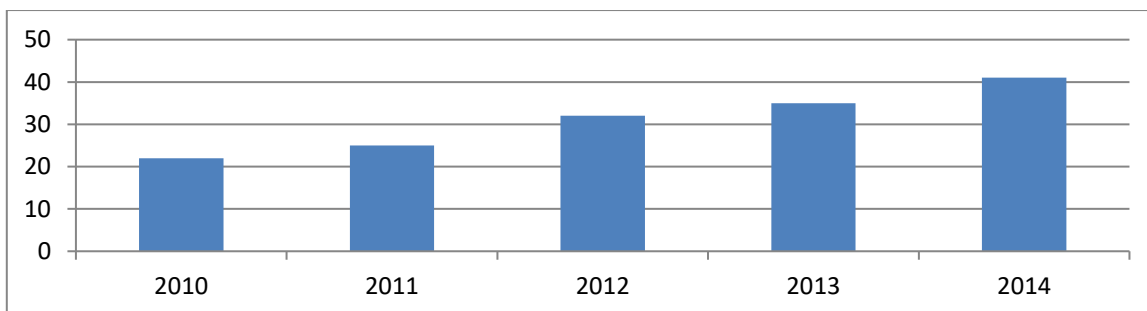
Autorizaciones para Operaciones de Fusión en el Mercado Eléctrico Peruano¹⁵²		
FECHA	OPERACIÓN	RESOLUCION
Diciembre de 1999	Adquisición de Enersis S.A por parte de Empresa Nacional de Electricidad S.A de España (Involucraba a las empresas eléctricas Cabo Blanco S.A Generandes Perú S.A. Generalima S.A e inversiones Distrilima S.A)	Autorizada con dos condiciones
22 de octubre del 2001	Adquisición de la Empresa ELECTROANDES SA por TRACTEBEL SA.	Autorizada sin condición
22 de octubre del 2001	Adquisición de la empresa de generación de electricidad ELECTROANDES SA por PSEG GLOBAL Inc.	Autorizada sin condición
04 de diciembre del 2002	Adquisición del proyecto YUNCAN por la empresa ELECTROANDES S.A.	Improcedente por que la empresa EGECEEN no puso los activos respectivos
29 de agosto del 2002	Adjudicación de la concesión de las empresas ETECEN y ETESUR por la empresa Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P	Autorizada sin condición
07 de noviembre del 2002	Adquisición de la empresa de generación eléctrica EMPRESA GENERADORA DE AREQUIPA, Egasa y Egesur por TRACTEBEL S.A.	Autorización sin condiciones

¹⁵² Cuadro sobre Autorizaciones para Operaciones de Fusión en el Mercado Eléctrico Peruano Fuente: SARANGO SEMINARIO, Luis. *Control o no control de fusiones en la industria regulada: Extendiendo el caso del Sector Eléctrico al Mercado de Gas Natural*, Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho de la Empresa, con mención en regulación de servicios públicos Lima, P.U.C.P., 2010, p.88

10 de abril del 2006	Adquisición de empresa de Generación Termoeléctrica Ventanilla SA por la empresa EDEGEL S.A.A.	Autorización sin condiciones
10 de Julio del 2006	Adquisición de acciones del Consorcio Transmantaro SA. por Interconexión Eléctrica SA ESP.	Inadmisible sin condición
16 de noviembre del 2006	Adquisición de la empresa consorcio transmantaro (CTM) por parte de la empresa colombiana ISA para la adquisición directa del control	Autorización sin condiciones
26 de noviembre del 2009	Solicitud de transferencia de central hidroeléctrica, presentada por la empresa Electro Sur este SAA	Improcedente porque lo solicitado no está previsto en la Ley antimonopolios
16 de julio del 2009	Solicitud de concentración efectuada por la empresa ENEL SPA, para adquirir ENDESA y sobre ella adquirir EDEGEL, Empresa Eléctrica de Piura y Edelnor SA	Autorización sin condiciones

Entre los años 2010 y el año 2014 se ha incrementado significativamente el número de empresas de generación eléctrica en el mercado peruano, suceso mediante el cual podemos decir que existe un riesgo mínimo de colusión pues al existir un número elevado de participantes en el mercado, es difícil que entre todas se llegue a un acuerdo para modificar precios a diestra y siniestra en perjuicio de los consumidores. Esto se puede comprobar con el siguiente gráfico¹⁵³:

¹⁵³ Fuente: CUADROS CORDERO, Antonio y LOPEZ GONZALES, Gerardo Arturo. "Análisis de condiciones de competencia en el mercado de generación eléctrica en el Perú, periodo 2010-2014" Escuela de Posgrado, Maestría en Economía, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015.



Por otra parte ya entre los años 2015 a marzo del 2018, vemos que estos números han ido aumentando, y nuevamente podemos afirmar que el control previo no es una limitante para el desarrollo empresarial en el mercado peruano, sino más bien es una adecuada medida para resguardar el mismo, buscando además la protección del consumidor, este crecimiento se puede ver reflejado en el siguiente gráfico, el cual demuestra que no existe impedimentos para las empresas para poder seguir creciendo y desarrollándose en un mercado competitivo:

Tabla N°7:

Crecimiento anual de las empresas de generación eléctrica en el Perú¹⁵⁴					
AÑOS	GENERADORAS	TRANSMISORAS	DISTRIBUIDORAS	USUARIOS LIBRES	TOTAL
2015	48	13	11	47	119
2016	52	15	13	52	133
2017	54	15	13	57	139
2018	56	16	13	58	143

Como hemos podido apreciar este procedimiento debe ser rápido y sencillo puesto que la necesidad imperante de las empresas es su crecimiento, expansión y desarrollo efectivo en el mercado, es por ello que en el Reglamento de la Ley N°

¹⁵⁴ Cuadro resumen del Crecimiento anual de las empresas de generación eléctrica en el Perú, Fuente: EQUILIBRIUM CLASIFICADORA DE RIESGO. Análisis del Sector Eléctrico Peruano: Generación, Marzo del 2018, disponible en: <http://www.equilibrium.com.pe/sectorialelectrmar18.pdf>. p.8

26876 se establece un procedimiento abreviado para poder determinar qué es lo que sucederá con las empresas solicitantes a futuro, en el cual se determina en que oportunidad la empresas interesadas deberán acercarse a la autoridad competente para poder continuar con el proceso de fusión o adquisición.

Tabla N°08

Artículo N°7 del reglamento¹⁵⁵	
<ul style="list-style-type: none"> • Se notifica, si el porcentaje de la adquisición es mayor o igual al 15% del mercado de concentración horizontal 	<ul style="list-style-type: none"> • Se notifica, si el porcentaje de la adquisición es mayor o igual al 5% del mercado de concentración vertical

Se debe tener en cuenta, que el Artículo 2 del reglamento de la Ley N° 26876 exonera la necesidad de notificación previa ante INDECOPI, el crecimiento interno de una empresa, siempre que dicho crecimiento se haya debido a la inversión propia o financiada por recursos de terceros, quienes no participan en el sector eléctrico nacional, por el simple hecho de que dicho acto no se encuentra considerado como un acto de concentración.

La Comisión, de conformidad con la Ley de control de concentraciones, ha usado distintos criterios para evaluar las operaciones de concentración¹⁵⁶:

- a) Delimitar el mercado relevante en donde actúan las empresas que se concentran.
- b) Luego se evalúa la estructura competitiva, tomando en cuenta la partición de las empresas en el mercado.

¹⁵⁵ Cuadro del Reglamento del Artículo N° 7 del DECRETO SUPREMO N° 017-98-ITINCI reglamento de la Ley 26876.

¹⁵⁶ Óp. Cit. SARANGO SEMINARIO, Luis. *Control o no control de fusiones en la industria regulada: Extendiendo el caso del Sector Eléctrico al Mercado de Gas Natural*. p.90

c) Para estimar el nivel de concentración del mercado, se debe realizar la sumatoria de los cuadrados de las participaciones de mercado de las empresas.

d) La entidad de competencia también toma en cuenta para medir el grado de concentración las siguientes variables: producción de energía, potencia efectiva, ventas de energía de empresa generadora a empresa distribuidora y venta de energía al mercado de clientes libres.

En materia de regulación nacional e internacional se destaca: "...que la experiencia internacional y el rápido agotamiento de las economías a escala¹⁵⁷ demuestran que en los mercados de generación eléctrica la introducción de mecanismos y políticas de competencia permite lograr mayor eficiencia productiva"¹⁵⁸, con la finalidad de salvaguardar los intereses de los consumidores, brindándoles un servicio en tiempo real de calidad.

Como se verá más adelante el tema de control de fusiones es muy polémico pues ha generado, a lo largo del tiempo, distintas posturas tanto a favor como en contra. Es gracias al control de fusiones establecido en el sector eléctrico, que se ha obtenido una experiencia importante para la regulación de las concentraciones que a corto y largo plazo generen prácticas abusivas perjudicando al consumidor. Es esta experiencia la que no se puede dejar de lado ante la imperante necesidad de un control previo total, debido a los cambios que se vienen generando en el mercado nacional.

¹⁵⁷ La economía de escala se refiere al poder que tiene una empresa cuando alcanza un nivel óptimo de producción para ir produciendo más a menor coste, es decir, a medida que la producción de una empresa crece, sus costes por unidad producida se reducen. Cuanto más produce, menos le cuesta producir por unidad; en microeconomía se entiende por economía de escala a las ventajas en términos de costes que una empresa obtiene gracias a la expansión y buenas sinergias que ésta haya aplicado en su entorno competitivo. ANDRADE, Dennys. "Economías de Escala", *Economía y Finanzas Internacionales*, disponible en: www.puceae.puce.edu.ec/efi/index.php/economia-internacional/14-competitividad/20-economias-de-escala.com

¹⁵⁸ SANCHEZ ZEGARRA, Elías. ¿Mayor Competencia en el sector eléctrico peruano?, disponible en: <http://revistas.upc.edu.pe/index.php/economia/article/view/308>. p-108.

3.2.- Necesidad de un control preventivo de fusiones, adquisiciones y concentraciones empresariales

El Perú es una fuente de oportunidades laborales y de un paulatino desarrollo económico, haciendo esto que nuestro país resulte atractivo, tanto para la inversión extranjera como para la inversión nacional, lo cual significa que las empresas se constituyan en el territorio, o lleguen empresas a continuar con sus funciones ya establecidas, lo cual en un mercado competitivo, significa que las empresas entrarán en disputa.

Existe la posibilidad de que las empresas crezcan económicamente mediante las fusiones o adquisiciones¹⁵⁹, pudiendo generarse así lo un monopolio, lo cual no es malo en principio; sin embargo, existe la posibilidad de que este monopolio genere un perjuicio en la población mediante el ejercicio abusivo de su posición de dominio, lo que si bien se encuentra regulado y limitado por la misma constitución, siendo así que lo ideal es que exista un control previo, para minimizar los daños, o evitar en su mayoría que esto suceda, caso contrario, puede que la estabilidad en el mercado se vea afectada, y se termine en un desequilibrio económico; tal como lo menciona ALARCO, la regulación brindaría una mayor seguridad al mercado peruano, y a todos los consumidores¹⁶⁰.

En el Perú, se cuenta con un control posterior efectuado por INDECOPI, encargado de controlar, aplicar sanciones y medidas correctivas contra aquellos que cometan abuso de su posición de dominio en el mercado, realicen prácticas monopólicas o concerten sus precios con la competencia. Únicamente existe un control anterior o preventivo en el mercado eléctrico, como se pudo ver en el apartado 3.1 de la presente investigación. Es por ello que ante la insuficiente regulación del control de fusiones, adquisiciones y concentraciones empresariales en el país, y con la actual

¹⁵⁹ MONTOYA MANFREDI, Ulises. *Derecho Comercial*, Novena edición, Lima, Editora Grijley, 1998, p.675.

¹⁶⁰ ALARCO, Germán. *Control de Fusiones: propuesta por el congresista Lescano*, 2017, disponible en: <http://blogs.gestion.pe/herejias-economicas/2016/12/control-de-fusiones-propuesta-del-congresista-lescano.html>

saturación del mercado, vemos la imperante necesidad de proponer un mecanismo que asegure la libre competencia y mantenga la seguridad de los consumidores.

En necesario este control preventivo pues de esta manera se estaría bloqueando el posible abuso de poder de las empresas que ostenten no solo el 51% del mercado, sino también de aquellas que presenten un oligopolio en el mercado, pues al ser las cabezas, son las que dirigen todo el entorno social, y como lo menciona CAMPODONICO: “Si una empresa tiene una posición de dominio en el mercado puede abusar de ella y elevar los precios de sus productos, perjudicando a los consumidores. Se trata, entonces, de fomentar la competencia, impidiendo la posición de dominio para que no haya siquiera la posibilidad de poder abusar”¹⁶¹.

Existe una necesidad imperante de que sea regulada, por ello a la fecha se han presentado proyectos de ley, los cuales buscan fortalecer la función que realiza INDECOPI, para brindar una adecuada protección a los consumidores, dicho proyecto fue presentado en el año 2011 y en el año 2016, sin embargo muchos consideran que este proyecto no es viable, pues implicaría un fortalecimiento de esta institución, y un mayor gasto público, sin embargo a la fecha se ha visto que INDECOPI es el encargado de proteger a los consumidores de cualquier daño causado, y lo que busca esta norma es prevenir que el daño se genere, y tal como lo manifiesta VELA que INDECOPI protege a los “consumidores de cualquier servicio brindado por una empresa privada que los indemnizará en caso sufran algún perjuicio económico”¹⁶².

En estos momentos podemos ver la realidad cambiante del país donde nuevamente se ha generado un debate sobre si se debería realizar un control preventivo de fusiones y adquisiciones empresariales, todo ello debido a la adquisición de las acciones de Quicorp S.A. por el grupo Intercorp, pues dicha compra incluía las cadenas farmacéuticas como Mifarma, BTL y Fasa, haciéndose acreedor de la

¹⁶¹CAMPODONICO, Humberto. *Bloqueando el abuso*, 2015. Disponible en: <http://larepublica.pe/imprensa/opinion/729285-bloqueando-el-abuso>

¹⁶² La República. *Indecopi: Indemnizarán a consumidores por perjuicios económicos*, 2016. Obtenido en: <http://larepublica.pe/sociedad/823095-indecopi-indemnizaran-consumidores-por-perjuicios-economicos>.

mayor parte del mercado farmacéutico, al contar dicho grupo con la famosa cadena de Inkafarma. Dicha compra constituye una recomposición del mercado de cadena de farmacias. Ahora InRetail es dueño de aproximadamente el 95% de la participación de dicho mercado¹⁶³.

El propio Colegio Químico Farmacéutico de Lima, advirtió que se podría generar un posible incremento de precios de los medicamentos debido a las concentraciones de dominio producidas en el mercado, lo cual afectaría a todos por igual, esto sería a raíz que se ha generado una afectación en la oferta de producción y distribución de los medicamentos.

Se manifestó que: “Cuando se concentra el mercado, el abuso de su posición de dominio es mayor. Esperamos que el Ministerio de Salud pueda regular en favor de los ciudadanos y recoja los aportes que desde el gremio farmacéutico venimos exigiendo, que es el reconocimiento de un nuevo modelo de farmacias en el primer nivel de atención¹⁶⁴” esta intervención sería necesaria puesto que las medicinas al ser elementos de primera necesidad de los ciudadanos no puede ser afectada de manera desmedida como se muestra en el siguiente cuadro.

¹⁶³ Semana económica. Inretail controla cerca del 95% de las cadenas de farmacias. 2018. Disponible en: <http://semanaeconomica.com/article/sectores-y-empresas/consumo-masivo/264700-inretail-compro-quimica-suiza-dueno-de-mifarma-por-us583-millones/>

¹⁶⁴ Diario Gestión, Colegio Químico Farmacéutico advierte alza de precios de medicinas por compra de Mifarma. 2018. Disponible en: <http://gestion.pe/tu.dinero/finanzas-personales/collegeo-quimico-farmaceutico-advierte-alza-de-precios-medicinas-compa-mifarma-225954?href=mwapp>.

CUADRO COMPARATIVO DE PRECIOS



Producto	Farmacias del Ministerio de Salud	Inkfarma (2)	Mifarma (3)	Incremento de precio
ACICLOVIR 3% Ungüento oftálmico	11.00	50.15	48.93	355%
BROMURO DE IPRATROPIO 20 µg/Dosis Aerosol para Inhalación	15.40	164.30	151.24	966%
ESTRIOL 0.1 % Crema Vaginal	18.75	60.6	49.69	223%
LACTULOSA 3.3 g/5ml	8.60	34.90	9.56	305%
MURIPOCINA (como sal cálcica) 2% crema	15.00	18.70	30.38	102%
PARACETAMOL 100 mg/mL Solución - Suspensión	2.10	11.20 *	13.00 *	519%
FENITOINA 125 mg/5 mL Solución - Suspensión	13.50	14.55	12.00	7%
FLUTICASONA 125 µg/Dosis Aerosol	20.00	134.40	112.13	572%
SALBUTAMOL 100 µg/Dosis Aerosol	4.40	30.17	33.00	650%
VALPRAX 250 mg/5 mL Jarabe	18.00	55.50	48.23	208%
TETRACICLINA 500 mg Cápsula	0.08	0.18	0.50	525%

(1) Lista de precios al 15.01.18

(2) y (3) Precios según el Observatorio Peruano de Productos Farmacéuticos a diciembre 2017 para Inkafarma y a enero 2018 para Mifarma

* para niños

Si bien se puede apreciar del cuadro anterior que las medicinas son vendidas a un bajo costo por las farmacias del Ministerio de Salud, el propio decano del mencionado colegio manifiesta que el sistema de salud pasa por una grave crisis por el desabastecimiento que sufren dichas farmacias, lo que obliga a los consumidores a acudir a los establecimientos privados, donde la mayor parte de los medicamentos ofrecidos no son genéricos.

Se genera un problema pues tal y como lo reconoce el CEO de Inkafarma al haber un mercado muy saturado debido a la expansión agresiva de los locales de Inkafarma y Mifarma, se van a producir cierres, con la finalidad de un manejo eficiente¹⁶⁵; sin embargo, ello implicaría desabastecer muchas zonas, por lo que se privaría en muchos casos el acceso a la medicina necesaria para la subsistencia.

Otro caso importante sucedido con anterioridad fue el de Backus, al ser adquirido por Ab InBev, en el cual se muestra la posición dominante en todo el mercado nacional, pues de esta manera se genera el mayor monopolio en el mundo cervecero. Si bien en el pasado muchas empresas han intentado entrar al mercado

¹⁶⁵ Semana económica CEO de Inkafarma tras compra de Mifarma: "Vamos a Mantener los dos Modelos" 2018
<http://semanaeconomica.com/article/sectores-y-empresas/consumo-masivo/264771-ceo-de-inkafarma-tras-compra-de-mifarma-vamos-a-mantener-los-dos-modelos/>

sin éxito alguno, ahora les será imposible y no habrá ninguna posibilidad de hacerlo¹⁶⁶, y aquellas empresas de cerveza artesanal llegaran a desaparecer en un futuro no muy lejano debido al mayor costo en la producción de su cerveza y a al poco margen de ganancia.

De acuerdo con El Comercio, la mayor empresa peruana SABMiller (matriz de Backus) llegó a un acuerdo con AB InBev para que esta pueda adquirirla. Lo resaltante de esta noticia es que entre ambas empresas poseen 8 de las 10 principales marcas de cerveza del mundo, entonces este gigante de la industria cervecera dominará el mercado, de una manera limpia, sin ningún otro competidor, o alguien que le pueda hacer frente¹⁶⁷.

Debido a los casos mencionados anteriormente se plantea nuevamente la necesidad de realizar un control preventivo de fusiones, adquisiciones y concentraciones empresariales, el cual tendría como ente supervisor al mismo INDECOPI¹⁶⁸, pues si bien se viene desarrollando un control posterior, este no es suficiente para mantener la estabilidad en este mercado cambiante.

Con la compra de las principales cadenas de boticas del país podemos ver que “Es una lección patética la que nos está dejando este caso de la fusión en el mercado farmacéutico: INDECOPI te va a sancionar si sigues concertando precios. Para evitar eso, mejor cómprate a tu competencia y fusionate¹⁶⁹”. Este tema no es nuevo pues anteriormente en el año 2012 se planteó el primer proyecto de ley ante el congreso por el congresista Jaime Delgado, quien manifiesta que no prosperó es

¹⁶⁶ El dueño de las cervezas del Perú controla el 95% del mercado, disponible en: http://economia.elpais.com/economia/2016/05/12/actualidad/1463052882_279197.html 2018

¹⁶⁷ El Comercio: “Fusión de AB InBev y SABMiller generará nuevo rey de la cerveza”, disponible en: <http://elcomercio.pe/economia/mundo/fusion-ab-inbev-y-sabmiller-generara-nuevo-rey-cerveza-noticia-1848096>. 2018

¹⁶⁸ La Comisión de Libre Competencia es el órgano resolutorio con competencia exclusiva para evaluar y resolver en primera instancia administrativa a nivel nacional en el procedimiento de evaluación previa, el cual, si bien a la fecha no puede realizar este control, prontamente deberá hacerlo y la operación, antes de realizarse, deberá ser notificada al Indecopi para su evaluación. La entidad tendría 15 días hábiles para comunicar su decisión.

¹⁶⁹ Boletín Empresarial. INDECOPI reitera que no existe ley para control de fusiones. Disponible en: <http://aempresarial.com/web/informativo.php?id=41026>.

por la oposición de la Confiep y el Ministerio de Economía y Finanzas. La Confiep hace cuestión de Estado y no porque sean liberales, sino porque buscan proteger a grupos de interés. En países como EEUU, Francia, Inglaterra, Alemania... todos liberales, cuentan con legislaciones de evaluación de concentraciones y fusiones económicas. Aquí no tenemos liberales, tenemos lobbistas que defienden intereses¹⁷⁰.

Adicionalmente podemos ver que el mercado se encuentra en constante cambio, por las constantes fusiones que se presentan en el mismo, como la fusión entre Luxotica y Essilor y su lucha por las famosas gafas Ray-Ban, la compra realizada por parte de Natura a Avon, convirtiéndola en la cuarta mayor fabricante de productos de belleza del mundo, o la compra de Disney a la conocida 21st Century Fox o la compra de la cadena de parafarmacias CVS y la aseguradora Aetna, entre otros casos actuales que se siguen presentando a nivel internacional.

Actualmente, las posiciones se mantienen distantes, pues por un lado tenemos a aquellos que están en contra como la Sociedad de Comercio Exterior en el Perú (Comex Perú), quienes manifiestan las trabas burocráticas que esto podría presentar, posición parecida a la de la Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privada (Confiep), quien no solo considera a esta como una barrera burocrática sino como una barrera inconstitucional para la economía, postura también asimilada por la Sociedad Nacional de Industrias, quien dice que un proyecto de esta magnitud solo deterioraría la competitividad del país, perjudicando de manera desmedida a los consumidores. Por otro lado, los organismos técnicos nacionales e internacionales se encuentran de acuerdo pues dicho control implicaría una implementación y una vigilancia constante del mercado, estas instituciones son la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) y el Organismo Supervisor de Telecomunicaciones (OSIPTEL)¹⁷¹.

¹⁷⁰ Ibídem.

¹⁷¹ La República. Ley de Control de Fusiones Divide a Empresarios e Instituciones. 2018, Disponible en: <http://larepublica.pe/economia/1199384-ley-de-control-de-fusiones-divide-a-empresarios-e-instituciones>

Opiniones sobre proyecto para regular concentraciones empresariales



LA REPÚBLICA

A pesar de la necesidad de un control previo, hay posturas que se muestran renuentes al cambio pues, se considera muchas veces que todo cambio es malo, y es mucho peor al tratarse de una “limitante” del mercado al considerarse un freno de los negocios, dejándose de lado un posible motor de crecimiento. La jefa del equipo global de políticas de competencia del Banco Mundial, Martha Ramírez, expresa que “La preocupación de los inversionistas va más allá de si en el país existe o no un régimen de control de concentraciones. La duda viene por cómo el regulador local aplica la normativa, y si lo hace de manera eficiente, técnica y no discrecional. El diseño y la implementación del control es clave”, sin embargo como se mencionó en el capítulo precedente tenemos que este sistema no sería nuevo, pues ya se ha venido realizando este tipo de control para el sector eléctrico.

Un tema importante tratado es la incertidumbre momentánea que puede representar la aplicación de este nuevo control, tal como lo manifiesta Jaime Delgado y el propio presidente del INDECOPI, Ivo Gagiuffi, “La mayor burocracia y tramitología es algo que temen los gremios empresariales. En el contexto actual de desaceleración económica, se puede percibir como un elemento más que dañe la confianza empresarial, lo que hace probable que estos gremios ejerzan sus derechos de gestión de intereses”¹⁷², esta posición se encuentra respaldada por lo manifestado

¹⁷² VALDIVIEZO, Claudia. Semana Económica, Proyecto de Ley Antimonopolio, las claves de un debate que se retoma. Disponible en: <http://semanaeconomica.com/article/legal-y-politica/marco-legal/202037-proyecto-de-ley-anti-monopolio-las-claves-de-un-debate-que-se-retoma/>.

por Claudia Cooper, Viceministra de Economía, quien en el artículo publicado por Semana Económica manifestó lo siguiente: "... el control de fusiones es un mecanismo sofisticado que requiere de una capacidad institucional muy grande y crear una ley de control de fusiones que no tenga un mecanismo adecuado, con la cautela y progresividad idónea, puede generar el engranaje burocrático que hace que la corrupción prolifere"¹⁷³.

Existen otras posturas en contra, como las de BULLARD, FALLA, y ROLDAN las cuales se encuentran contenidas en su obra *"In God we trust all others bring data"*, donde manifiestan que este tipo de control solo implicaría mayores gastos para el Estado, sin otorgar ningún beneficio a cambio, por lo cual en este proceso es mejor abstenerse, pues al no existir evidencia concluyente sobre este tipo de control, es mejor evitarlo; también manifiestan que tanto como la experiencia nacional como internacional no bastan para su uso, porque lamentablemente existen dudas a la metodología adecuada para el análisis de las fusiones y adquisiciones a controlar¹⁷⁴.

Sin importar la posición en contra que plantean los autores en su trabajo colectivo, tenemos que ellos mismos hacen mención a la existencia de evidencia sobre las decisiones de control de las fusiones, pues estas son mixtas al verse que los casos analizados indican que es mejor un remedio estructural por sobre un remedio conductual¹⁷⁵. Por lo tanto, su propia postura queda desvirtuada, al indicarse que

¹⁷³ SEMANA ECONÓMICA. MEF: Control de fusiones mal implementado podría generar corrupción. Disponible en: <http://semanaeconomica.com/article/legal-y-politica/marco-legal/220321-mef-control-de-fusiones-mal-implementado-podria-generar-corrupcion/?ref=a-ari> 2017.

¹⁷⁴ BULLARD, Alfredo; FALLA, Alejandro y ROLDAN Nicole. In God we trust all others bring data, ¿Debe haber un control de fusiones empresariales en el Perú? Disponible en: http://www.lampadia.com/assets/uploads_documentos/c8bc8control_de_fusiones_214962_alfredo-bullard.pdf. p. 50

¹⁷⁵ La política estructural, en cambio, es un modo de hacer defensa de la competencia antes de que se produzcan las acciones consideradas nocivas, y consiste esencialmente en el uso de medidas que influyen sobre el número y el tipo de empresas que operan en los mercados. El ejemplo más importante de política estructural de defensa de la competencia en la mayoría de los países del mundo está dado por los procedimientos de autorización y control de las operaciones de fusión y adquisición de empresas, que buscan influir en la concentración de los mercados en los momentos en los cuales entidades que eran independientes

es mejor controlar desde la formación de la estructura, a simplemente esperar que se comporte de una manera no deseada.

Respecto al problema planteado sobre las dudas que se generarían al aplicar ese control, tenemos que, a pesar de ello, un control previo de las mismas, otorgaría la seguridad de mantener una libre competencia evitando o reduciendo considerablemente los riesgos de una posición de domino o de una concertación de precios. Es decir, en un control ex ante: presumo que la monopolización o fusión generaría un abuso de la posición de dominio. En cambio, la ex post dice: “que se fusionen, y si abusan yo le pego”¹⁷⁶.

En el trabajo mencionado (*In God we trust all others bring data*), también se hace mención a la jurisprudencia internacional, la cual no debería ser considerada pues en los demás países el control no es efectivo, sin embargo, tenemos que este control previo es la manera de defender la competencia más empleado a nivel mundial, y esto no puede ser negado. “Si realmente se quiere apoyar a la competencia internacional del mercado peruano, debe adecuarse el mismo a esa realidad internacional, adecuación que es progresiva y necesita de una base jurídica y legislativa firme que encamine dicho desarrollo futuro”¹⁷⁷.

Un adecuado control de fusiones debe contar con tres etapas fundamentales. La primera, identificar si la transacción es una fusión; segundo se debe determinar si dicha fusión debe ser revisada; y, por último, se busca determinar si dicha fusión debe ser controlada. Este control previo de concentraciones empresariales encuentra justificación en la posible realización de operaciones de concentración

entre sí pasan a quedar bajo el control de un único grupo económico. Cfr. COLOMA, Germán. *Defensa de la Competencia*. Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina 2003, p. 14.

¹⁷⁶ SEMANA ECONÓMICA. Indecopi: “Cualquier mecanismo de control previo de fusiones requiere un umbral razonable”. Disponible en <http://semanaeconomica.com/article/legal-y-politica/marco-legal/264900-indecopi-cualquier-mecanismo-de-control-previo-de-fusiones-requiere-un-umbral-razonable/> 2018

¹⁷⁷ ARBULÚ CELI, Juan Antonio. El control previo en las concentraciones empresariales como sistema de defensa de la competencia. Ita Ius Esto. Disponible en: <http://www.itaiusesto.com/el-control-previo-en-las-concentraciones-empresariales-como-sistema-de-defensa-de-la-competencia/+&cd=1&hl=en&ct=clnk&gl=pe>

que pueden generar un problema a la competencia al establecer formas de mercado que limiten o restrinjan la competencia dañando a los consumidores.

Actualmente, nuestro país se encuentra en muchos sectores saturado, y estos son mercados que afectan directamente la economía de los consumidores, el siguiente cuadro basado en el Índice de Herfindahl Hirschmann¹⁷⁸ demuestra los principales mercados existentes, los cuales se han vuelto más concentrados debido a las fusiones que se han producido:

¹⁷⁸ El Índice de Herfindahl Hirschmann (IHH) es una medida de la concentración económica en un mercado. A más alto el índice, más concentrado y menos competitivo es el mercado, por lo que se podría decir que su comportamiento es monopolístico. Por otro lado, a más bajo sea dicho índice, el mercado será más competitivo y concentrado, por lo que su comportamiento sería de competencia perfecta.

Tabla N°9:

Principales mercados existentes fusionados¹⁷⁹					
MERCADO DE:	IHH	EMPRESA 1	%	EMPRESA 2	%
CERVEZA	9100	UCPBJ	95	AMBEV	5
SOA CAUSTICA	7200	QUIMPAC	85	PEQUEÑOS IMPORTADORES	
JAVON DE LAVAR	7100	ALICOPR	84	PEQUEÑOS IMPORTADORES	
GAS NATURAL	5500	PLUSPETROL	73	AGUAYTIS	12
LACTEOS	4900	GLORIA	68	NESTLE	13
COMBUSTIBLES	4600	PETROPERU	51	REPSOL	45
DETERGENTES	4300	PROCTER & GAMBLE	60	ALICORP	26
GASEOSAS	4200	CORP JR. LINDLEY	61	AJEPER	21
ACEITES COMESTIBLES	3800	ALICORP	46	SAO	20
FIDEOS	3700	ALICORP	46	MOLITALIA	20
AVICOLA	3300	SAN FERNANDO	54	CHIMU AGROPECUARIA	12
HARINA DE TRIGO	3000	ALICORP	45	MOLITALIA	19
GLP	3000	PLUSPETROL	50	REPSOL	19
PETROLEO	2700	PLUSPETROL	37	REPSOL	32
CEMENTO	2600	CEMENTOS LIMA	40	CEMENTO ANDINO	21
HIERRO Y ACERO	2100	ACEROS AREQUIPA	38	SIDERPERU	25

¹⁷⁹ Cuadro de los Principales mercados existentes fusionados. Fuente: Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos - CONFIEP. LEY DE PROMOCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA Y LA EFICIENCIA EN LOS MERCADOS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES P.L. N° 972/2011-CR, Disponible en: http://www2.congreso.gob.pe/sicr/comisiones/2011/com2011defconorgregserpub.nsf/pubsfoto/F105BF003141430F05257A1B00751299/%24FILE/PRESENTACI%C3%93N_CONFIEP_PARTE_1-1.PDF. p.31.

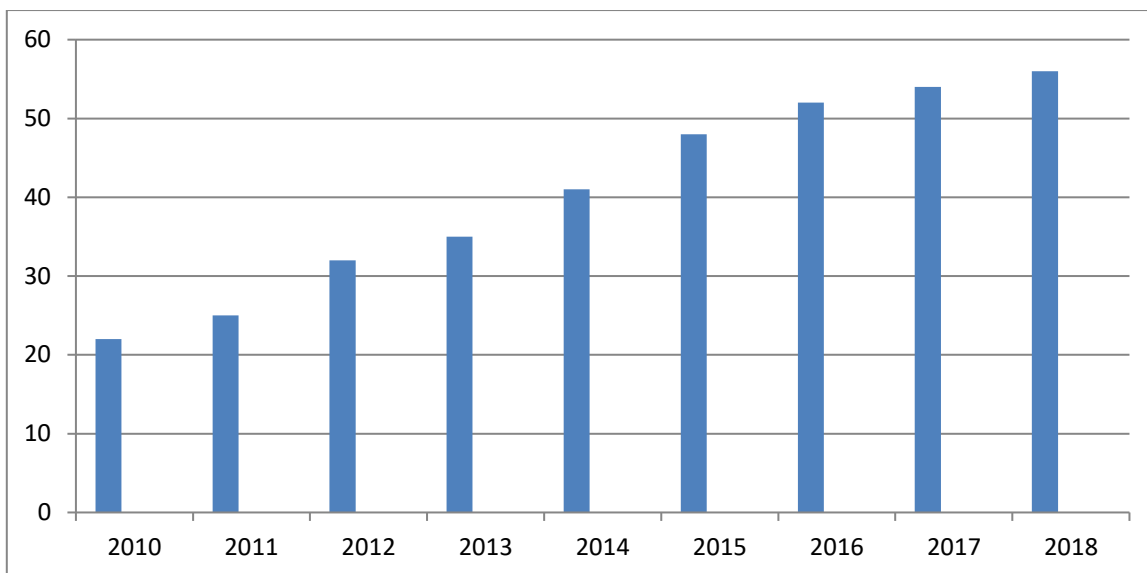
Durante la investigación del presente trabajo hemos podido ver que existen cuatro problemas planteados, para ir en contra de este control preventivo, necesario para regular el mercado, los cuales debatiremos uno a uno, con el control previo existente en sector eléctrico, el cual fue analizado en el capítulo anterior¹⁸⁰.

1. El control preventivo podría ser dañino para las economías pequeñas y abiertas.

Esto implica colocar al Perú como un país pequeño, el cual no tiene esperanzas de crecer, en el cual realizar este tipo de control implicaría disminuir la economía, y debido a la crisis que se vive actualmente esto no sería posible, esto es totalmente errado, pues como se ha visto en el sector eléctrico, este tipo de control jamás freno la participación en el mercado, por el contrario, ha aumentado a lo largo de los años.

Como se puede apreciar en el siguiente cuadro, el crecimiento ha sido constante, por lo cual se desmiente esta postura, es decir este tipo de control no genera daños a las economías pequeñas y abiertas, sino lo que genera es la creación de nuevos mercados competitivos:

¹⁸⁰ ARBULÚ CELI, Juan Antonio. El control previo en las concentraciones empresariales como sistema de defensa de la competencia. *Ita lus Esto*. Disponible en: <http://www.itaiusesto.com/el-control-previo-en-las-concentraciones-empresariales-como-sistema-de-defensa-de-la-competencia/+&cd=1&hl=en&ct=clnk&gl=pe>



2. Los sistemas de notificación previa implican altos costos sobre los gobiernos y compañías.

El propio presidente de INDECOPI, Ivo Gagliuffi, sostiene que el destinar recursos para que INDECOPI controle el abuso de la posición de dominio, es insuficiente, pues dichas sanciones son pocas, no por falta de estos actos, sino que es sumamente difícil probar dicho actuar, pues no solo es necesario detectarlo sino también se debe probar que se tuvo o se tendrá efectos reales en el mercado; adicional a ello tenemos que el regulador prefiere investigar las practicas colusorias, pues son sancionadas con mayor facilidad y representan actos más nocivos a los consumidores. Sumado a ello manifestó que es necesario para que este control se lleve a cabo, la inversión de un aproximado de S/5,000,000.00¹⁸¹, dicha inversión sería necesaria para crear una comisión especializada que pueda analizar estos temas de manera correcta y eficaz.

En este punto vemos la necesidad económica para el desarrollo del proyecto, lo cual siempre ha sido necesario para el desarrollo de cualquier modificación o implementación normativa, por lo que decir que este tipo de control no sería efectivo por el simple hecho de no contar con los fondos caería en error. Puesto que el

¹⁸¹ BOLETÍN EMPRESARIAL. Ministerio Economía y Finanzas – No se puede permitir el abuso de posición de dominio. 2018, Disponible en: <http://aempresarial.com/web/informativo.php?id=41055>

control previo ya lo viene realizando INDECOPI, lo que se haría en este caso es ampliar sus funciones y que ahora no solo regule el sector eléctrico, sino que regule el mercado en general.

3. Debido a la complejidad del control previo, las autoridades pueden tomar decisiones incorrectas.

Haciéndose un análisis simple de este problema tenemos que existen o deberían existir dos tipos de control, el control previo y el control posterior, por lo que al realizarse un hecho que lleve a error en un primer momento, podemos ver que este sería corregido posteriormente, habiéndose minimizado los daños; sumado a esto tenemos que basados en la legislación comparada y como mencione en los párrafos precedentes, de manera simultánea se aplicaría en el país el control estructural (control preventivo) y el control de conductas (control posterior), sin sustituir el uno al otro. Además, como lo expresa Diez Canseco y Távara Martín “...una vez que la concentración se lleva a cabo, en ausencia de control previo, es mucho más difícil -sino imposible- y costoso imponer una desconcentración, fragmentación o disociación de titularidad y gestión de las empresas. Precisamente aquí reside una de las principales ventajas del control ex ante de la estructura: el argumento de los «huevos revueltos» que pretenden volver a su cascarón¹⁸²”

4. El control previo sometido a lo político, generaría corrupción y podría ser utilizado para controlar la economía.

Respecto este problema, lamentablemente el riesgo existe en todos los temas relacionados con el Estado, sin embargo, esto no es muy bien aplicado por los altos índices de corrupción y desaprobación que existen. Actualmente todos los países con economías de libre mercado tienen dicho control, como se ha podido apreciar en el Capítulo II del presente trabajo de investigación, en el país es necesario este control y ya se cuenta con la experiencia necesaria para desarrollarlo efectivamente

¹⁸² TAVARA MARTIN, José Ignacio y DIEZ CANSECO NUÑEZ, Luis José. “Estabilizando el péndulo control de fusiones y concentraciones en el Perú”. *THEMIS* N° 47, pp 159-173. p.166

pues hace más de 20 años se aplica la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico.

Este punto debe ser analizado con cautela, pues el control previo se encuentra netamente regulado fuera de lo político, por una institución autónoma como lo es el INDECOPI, y más que un control a la economía habría una protección a la misma estableciendo la posibilidad de que la operación de concentración empresarial se encuentre sujeta al cumplimiento de ciertos actos, los cuales deben ser de naturaleza temporal; es decir, la autoridad deberá realizar sus investigaciones y resolverá dentro de los plazos establecidos

Como se puede apreciar nuevamente entra en discusión el tema de control previo de fusiones y adquisiciones empresariales pues se busca que se realice una evaluación para la fusión o adquisición de una empresa, basado en los siguientes factores¹⁸³:

1. La estructura del mercado relevante.
2. La evolución de la oferta y la demanda de los productos y servicios de que se trate.
3. Las fuentes de distribución y comercialización.
4. Las barreras legales o de otro tipo para el acceso al mercado.
5. El poder económico y financiero de las empresas involucradas.
6. La creación o fortalecimiento de una posición de dominio.

Podemos decir que cualquier mecanismo que se tome en cuenta para la realización de un control preventivo adecuado, requiere un espacio razonable, caso contrario se caería en la creación de barreras burocráticas innecesarias, lo que nos llevaría a la corrupción. Dicho control como mencioné, debe tener un umbral razonable, es decir que no toda fusión, adquisición o concentración empresarial deba pasar por

¹⁸³ ROMAINVILLE IZAGUIRRE, Miriam, Semana Económica: Control Previo de Fusiones y Adquisiciones cobra relevancia. Disponible en: <http://semanaeconomica.com/article/legal-y-politica/marco-legal/264841-control-previo-de-fusiones-y-adquisiciones-cobra-relevancia-ley-se-discutira-en-febrero/> 2018.

una revisión previa del Estado; y que dicho umbral debería estar basado en aspectos reales y económicos, no en ideas y conjeturas.

Frente a la regulación que actualmente se debate en el Congreso, el propio director de Boston Consulting Group¹⁸⁴ sostiene que esta medida no debería generar una barrera en las operaciones, y más bien debería ofrecer a los agentes de mercado la predictibilidad necesaria para la realización de las operaciones, ayudando tanto a las mismas empresas como a los consumidores, a las empresas agilizando los procesos control y a los consumidores a recibir productos de calidad por parte de aquellos que desarrollan el mercado¹⁸⁵.

Como hemos visto existen posturas a favor y en contra pero se considera que un control preventivo protegería no solo a los consumidores quienes muchas veces ven afectados su derecho a la libre elección, sino que a su vez protegería la estabilidad de las demás empresas en el mercado, pues la consolidación de las empresas generará un grupo superior que se impone a todos los demás, y ninguna empresa nueva, podría surgir, debido al poder que posee la empresa dominante en el mercado, todo ello con la finalidad de prever un cambio perjudicial en la economía . Este control no prohíbe las concentraciones, sino sólo aquellas en las que la empresa no puede probar que la concentración no dañaría al mercado, es decir solo se prohibirían las operaciones cuyas posibilidades de dañar el mercado sean muy altas.

3.3- Propuesta de un proyecto de ley que regule las fusiones, adquisiciones y/o concentraciones empresariales

Debemos tener en cuenta que a la fecha se ha aprobado la Ley de control previo de Fusiones y Adquisiciones empresariales, mediante la cual se ha pretendido la finalidad especial de proteger y regular el mercado, sin embargo existen puntos

¹⁸⁴ The *Boston Consulting Group (BCG)* is a global management consulting firm with over 80 offices around the world. Our consultants advise leading organizations in value creation strategies, innovation, transformation, supply chain management and more. Disponible en: <https://www.bcg.com/>.

¹⁸⁵ Gestión. Fusiones y adquisiciones en Perú: Hacia donde irá en el 2018, según BCG. Disponible en: <https://gestion.pe/economia/fusiones-adquisiciones-peru-ira-2018-bcg-227680>.

distintos a lo de la aprobada ley, los cuales describiremos, luego de plantear nuestro proyecto de ley.

3.3.1- Introducción.

Esta propuesta de ley no tiene un enfoque intervencionista, sino que tiene por finalidad poner una barrera, que impida a los agentes económicos realicen operaciones de concentración, puedan afectar la libre competencia en el mercado, o que realicen prácticas abusivas de sus posiciones de dominio o de sus posiciones monopólicas. Dentro de nuestro ordenamiento jurídico la Constitución no prohíbe los monopolios o los oligopolios, lo que si prohíbe son las prácticas abusivas de estos.

3.3.2- Objetivo.

El objetivo principal de la presente, está formulada con la finalidad de representar una ayuda concreta al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual, brindando las herramientas necesarias para poder hacer frente a las grandes operaciones comerciales que se vienen dando actualmente, y que si bien en un principio no existe un conflicto o riesgo alguno, siempre es bueno prever algún tipo de conflicto que se pueda afianzar a futuro.

3.3.3- Alcance.

La presente está dirigida al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual.

3.3.4- Formulación de propuesta legislativa:

“Ley del control previo de fusiones, adquisiciones y concentraciones empresariales”.

CAPÍTULO I - DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1.- El objeto de la presente ley es establecer el procedimiento de evaluación preventiva para aquellas operaciones que impliquen una modificación sustancial en el mercado, con la finalidad de salvaguardar el bienestar de los consumidores y el desarrollo continuo y progresivo de los mercados.

Artículo 2.- Ámbito de aplicación de la ley

2.1. Las operaciones antes mencionadas deberán ser notificadas a la La Comisión de Libre Competencia del INDECOPI cuando:

- a) Las empresas involucradas hayan alcanzado el umbral establecido.
- b) La suma total de sus ventas anuales, al año anterior a la realización de la fusión, adquisición o concentración, haya superado el umbral establecido.

2.2. Aquellas operaciones que no superen el umbral establecido, no se encontrarán sujetas a la notificación, para su debida evaluación y Dichos umbrales se indicarán y actualizarán conforme al valor establecido por las Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

2.3. El ente encargado de la realización de este control será el INDECOPI, quien deberá establecer de manera clara, precisa y simple, los lineamientos a seguir para efectuar dicho control de forma adecuada. Existiendo adicionalmente la posibilidad de realizar una consulta previa por parte de las empresas a realizar la operación.

2.4. En caso de incumplimiento por falta de notificación previa, implicaría que el INDECOPI aplique las distintas sanciones establecidas en la presente ley.

Artículo 3.- Definiciones

1. Umbral: Es un parámetro establecido por el INDECOPI, el cual ayudará a determinar si en la operación a realizar es necesario un control previo, para mantener así la protección del consumidor y del mercado en general

2. Mercado relevante: El mercado relevante está integrado por el mercado de producto y el mercado geográfico.

- a) El mercado de producto relevante es, por lo general, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos.
- b) El mercado geográfico relevante es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante.

3. Posición de dominio: Se tiene posición de dominio en un mercado relevante cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad.

4. Concentración empresarial sujeta a notificación obligatoria: Serán objeto de notificación ante la Comisión aquellas operaciones de concentración que se encuentran comprendidas dentro de los umbrales establecidos en la presente ley y produzcan efectos en todo o en parte del territorio nacional.

5. Concentración empresarial Vertical y Horizontal: La Concentración Vertical es aquella que intenta concentrar todas o la mayor parte de las fases de un mismo proceso productivo, lo que también se aplica a empresas de la misma industria pero que operan en diferentes etapas del proceso de producción, mientras que la Concentraciones Horizontal consiste en la unión entre productores y proveedores de un mismo tipo de bien o servicio y que participan en un mismo mercado, dicho concepto participa de matices, donde no se requiere necesariamente que los bienes sean idénticos; si no que basta que puedan ser sustitutos el uno del otro.

Artículo 4.- Principios

1. Principio de legalidad: La Comisión encargada deberá regirse por aquello establecido en la presente ley sin exceder las funciones que le competan, para no contravenir el presente principio.

2. Principio de proporcionalidad: Las decisiones que sean tomadas en el cumplimiento de la presente ley, debe ser adecuadas a la infracción, sin exceder los límites que se establecen.

3. Principio preventivo: La evaluación que se realiza busca proteger la estabilidad de las empresas en el mercado competitivo, así como el de los consumidores.

4. Principio de confidencialidad: Los órganos competentes deben guardar reserva respecto de la información que se obtenga en el procedimiento de evaluación previa, otorgándole en su caso, el carácter de confidencial, pues toda la información

presentada durante el procedimiento de autorización debe ser tratada con carácter reservado, y sólo podrá ser utilizada para la finalidad para la que fue requerida en el procedimiento de evaluación de la operación, procederá tomar acciones administrativas y penales contra aquellos infractores.

CAPÍTULO 2 - DE LOS PROCESOS AUTORIZADOS

Artículo 5.- Concentraciones autorizadas

5.1. Cuando la Comisión determine que la operación no genera restricción alguna, la podrá autorizar; la misma también podrá establecer condiciones para la autorización de dicha operación, siempre que se considere que los efectos de la misma, propiciara el bienestar de los consumidores.

5.2. En el procedimiento de evaluación previa se tomará en cuenta, entre otros, los siguientes factores:

- a) La estructura del mercado relevante.
- b) La evolución de la oferta y la demanda de los productos y servicios
- c) Las fuentes de distribución y comercialización que posea cada empresa.
- d) El poder económico y financiero de las empresas involucradas.
- e) La creación o fortalecimiento de una posición de dominio.

Artículo 6.- Desarrollo de las concentraciones empresariales

6.1. Las concentraciones que hayan de ser sometidas al procedimiento de control previo. Deberán evitar a toda costa su ejecución antes de haber recibido la aprobación correspondiente.

6.2. En caso la información presentada por las partes sea falsa, o se haya adulterado, se procederá a la nulidad de oficio del acto que permitió dicha operación.

6.3. Ante el incumplimiento de las condiciones impuestas a la operación de concentración, se dictarán las medidas correspondientes, e imposición de las

sanciones, la cual consistiría en una multa ascendiente a 150 UIT, de acuerdo a lo previsto en la presente ley y su posterior reglamento.

CAPÍTULO 3 - LAS AUTORIDADES COMPETENTES

Artículo 7.- Autoridades competentes

La evaluación previa de operaciones de concentración se encuentra a cargo del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, cuyos órganos competentes ejercerán sus atribuciones, de conformidad con lo dispuesto por la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI, y adicionalmente cuando sean temas relacionados al sistema financiero, el ente encargado será la Súper Intendencia de Banca y Seguros – SBS.

Artículo 8.- La Comisión de Libre Competencia

Conforme al artículo N° 24 del DL N°1033 “Ley de organización y funciones del INDECOPI” La Comisión de Libre Competencia es el órgano resolutorio con competencia exclusiva para evaluar y resolver en primera instancia administrativa a nivel nacional en el procedimiento de evaluación previa.

Artículo 9.- La Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia

Es el órgano encargado de realizar las acciones de ordenación, instrucción e investigación sobre las operaciones de concentración empresarial sometidas al procedimiento de evaluación previa, o en su caso, sobre las acciones preliminares de investigación que puedan dar lugar al inicio de un procedimiento sancionador, de acuerdo a lo previsto en la presente ley.

Artículo 10.- El Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual

Es el órgano resolutorio competente para evaluar y resolver en última instancia administrativa los actos impugnables emitidos por la Comisión en el procedimiento de evaluación previa.

Artículo 11.- Existirá colaboración interinstitucional en el procedimiento de evaluación previa de concentraciones, para poder agilizar el proceso de evaluación y toma de decisiones, basado en la amplia gama de información que se obtendrá.

CAPÍTULO IV - DEL PROCEDIMIENTO

Artículo 12.- Notificación

12.1. La notificación de las concentraciones deberá realizarse en un plazo máximo de 15 (quince) días hábiles contados desde la fecha en que se haya concluido el contrato, la adquisición de una participación de control, o el anuncio de la oferta pública de adquisición, según corresponda por aquellas personas involucradas en la suscripción del contrato.

Artículo 13.- Tasa administrativa

El procedimiento, deberá iniciarse con la notificación de la operación de concentración, ello se encontrará supeditado a la cancelación de una tasa administrativa equivalente al 0.1% del valor total de la operación con un límite máximo de 50 (cincuenta) Unidades Impositivas Tributarias.

Artículo 14.- Análisis de la solicitud de autorización de la concentración

14.1. En el caso, la comisión determine que no es necesario el control previo, emitirá una resolución declarándola de esa manera; tiene un plazo de 15 días hábiles para hacerlo.

14.2. En el caso, la comisión determine que es necesario el control previo, y no presente posibles problemas para el mercado o los consumidores, se procederá a aprobar dicha operación mediante resolución, dicho proceso no debe demorar más de 30 días hábiles de presentada la solicitud.

14.3. En el caso, la comisión determine que es necesario el control previo, y presente posibles problemas para el mercado o los consumidores, se emitirá la resolución correspondiente en un plazo máximo de 30 días hábiles de presentada la solicitud.

La segunda fase de evaluación de la operación de concentración no excederá de 90 días hábiles, pudiendo prorrogarse hasta por un plazo máximo de 30 días hábiles adicionales, indicándose los motivos que justifiquen la correspondiente ampliación. La resolución que emita la Comisión dará por concluida la primera instancia administrativa.

14.4 Una vez concluida la primera fase, con la finalidad de salvaguardar el derecho de las personas naturales o jurídicas con interés legítimo en la operación se otorgará un plazo máximo de 10 (diez) días hábiles para que puedan presentar información relevante ante la autoridad

Artículo 15.- Resolución de autorización

15.1. El órgano competente debe emitir la resolución de fin del procedimiento de evaluación previa debidamente motivada, en donde se adjuntaran los informes que correspondientes, expresando su decisión, de la siguiente manera:

- a) Autorizando la operación de concentración sin condiciones,
- b) Autorizando la operación de concentración con condiciones,
- c) Denegando la autorización de la operación.

15.2. En el caso que dentro del plazo legal previsto la autoridad no haya emitido pronunciamiento expreso, corresponderá la aplicación del silencio administrativo positivo, dando lugar a la autorización de la operación de concentración conforme a la ley N°27444, establecido en su artículo 188 numeral 1.

15.3. En el caso que las empresas decidan no continuar con la operación, el órgano competente emitirá una resolución de fin del procedimiento.

Artículo 16.- Recurso de apelación

16.1. Cuando ha sido negada la autorización, las empresas tienen un plazo máximo de 15 días hábiles para presentar su apelación, los cuales serán contados desde el día siguiente de la notificación de la resolución que pone fin a la primera instancia.

16.2. El Tribunal procederá con la evaluación de lo solicitado en un plazo máximo de seis meses.

CAPÍTULO V – SANCIONES E INFRACCIONES

Artículo 17.- Infracciones administrativas

Debemos considerar como infracciones administrativas las siguientes:

- a) Omitir la notificación de una operación de concentración,
- b) Ejecutar una operación de concentración sin haber obtenido la autorización administrativa por el órgano competente.
- c) Ejecutar una operación de concentración habiendo sido denegada su autorización.
- d) Suministrar información falsa, engañosa, incompleta o adulterada en la presentación de la solicitud de autorización, o a solicitud del órgano competente, lo cual además acarrearía una sanción penal.
- e) Omitir o rehusarse a suministrar información solicitada por el órgano competente dentro del plazo previsto.
- f) Incumplir las medidas ordenadas por la Comisión en la resolución que pone fin a la primera instancia.
- g) Haber ejecutado la operación de concentración incumpliendo las condiciones vinculadas a la decisión adoptada por el órgano competente.

Artículo 18.- Monto de la sanción

Las infracciones mencionadas en el artículo precedente serán sancionadas con multas, las cuales serán proporcionales con la infracción cometida y tendrá como base el cálculo de los ingresos percibidos el año fiscal anterior

- a) Si la infracción fuera calificada como LEVE, se impondrá una multa de 500 UIT.
- b) Si la infracción fuera calificada como GRAVE, se impondrá una multa de hasta 1000 UIT.
- c) Si la infracción fuera calificada como MUY GRAVE, se impondrá una multa de hasta 1500 UIT.

Artículo 19.- Graduación de las sanciones

La Comisión debe tener en consideración para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes, entre otros, los siguientes criterios:

- a) El beneficio ilícito esperado por la realización de la infracción;
- b) La probabilidad de detección de la infracción;
- c) La modalidad y el alcance de la restricción de la competencia;
- d) La dimensión del mercado afectado;
- e) La cuota de mercado del infractor;
- f) El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores;
- g) La duración de la restricción de la competencia;
- h) La reincidencia de las conductas prohibidas;
- i) La actuación procesal de la parte, o;
- j) No solicitar la autorización correspondiente para la concentración empresarial.

Artículo 20.- Plazo de prescripción

Las infracciones establecidas en la presente ley prescriben a los 4 años de haberse producido el supuesto establecido en el artículo 17 de la presente ley.

CAPÍTULO VI - DE LAS MEDIDAS CORRECTIVAS A EMPLEARSE

Artículo 21.- Medidas correctivas Cuando la Comisión compruebe que una concentración ha sido realizada a pesar de haber sido denegada, o se haya realizado contraviniendo las pautas establecidas, en esos casos se podrá:

- a) Exigir a la disolución de la concentración.
- b) Ordenar la emisión de un reporte mensual de las actividades de las empresas, así un reporte de ingresos, egresos, ventas, carta de precios, entre otros.

- c) Que sus empleados sean capacitados de manera anual respecto a las infracciones cometidas y al contenido de la presente ley así como el Decreto Legislativo 1034.

CAPÍTULO VII - DE LAS MULTAS COERCITIVAS

Artículo 22.- Ante el incumplimiento de los mandatos de la autoridad se puede imponer multas coercitivas equivalente hasta un máximo de 150 (ciento cincuenta) Unidades Impositivas Tributarias, la cual deberá ser pagada dentro del plazo de 5 (cinco) días hábiles, vencido los cuales se ordenará su cobranza coactiva.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

Artículo 23.- La presente ley entra en vigencia el día siguiente de su publicación en el diario oficial el peruano; y quedan derogadas todas las normas que se opongan a la misma.

3.3.5- Diferencias entre la propuesta legislativa planteada y la propuesta aprobada.

Existen diferencias que han podido ser vistas entre ambas propuestas, es por ello que se ha creído conveniente establecer cuáles son las principales desigualdades encontradas entre la propuesta legislativa plantea en el capítulo anterior y la propuesta legislativa recientemente aprobada¹⁸⁶.

Debemos tener en cuenta que la nueva propuesta ha añadido a lo planteado en nuestro artículo 3, dos definiciones adicionales, las cuales son las siguientes:

- a. Nexo geográfico: Es aquel elemento que permite identificar si la operación de concentración produce efectos dentro del territorio nacional, para de esta

¹⁸⁶Texto Sustitutorio Consensuado entre la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos y de la Comisión de Economía Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera - Ley de Control Previo de Operaciones de Concentración Económica, de fecha 02 de Mayo del 2019. Disponible en: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Texto_Sustitutorio/Consensuado/TS0035320190502..pdf

manera determinar si los órganos competentes anteriormente mencionados podrían tener jurisdicción para evaluar dicha concentración.

- b. Grupo económico: Entendido como el conjunto de personas jurídicas, ya sean conformados por empresas nacionales o extranjeras, los cuales contengan dos o más miembros que ejerzan el control sobre los demás, o cuando el control sobre estas personas jurídicas sea ejercido por una o varias personas naturales.

Adicionalmente a los principios planteados en el artículo 4, vemos que se hace mención un principio adicional denominado “Principio de Transparencia e independencia”, el cual tiene por finalidad establecer que los órganos competentes, puedan actuar de manera independiente y transparente sin intervención política, económica o de cualquier otra índole, logrando de esta manera la imparcialidad del evaluar.

Un punto que considero importante recalcar, es considerar el tema de la nulidad de oficio respecto del acto que autorizo en su momento la concentración, siempre que se determine que la información brindada por la empresa o las empresas involucradas sea falsa o haya sido adulterada, y sin perjuicio de las medidas administrativas sancionatorias que se puedan aplicar para el caso determinado, se puede buscar una sanción penal de manera conjunta.

Este tipo de control se aplicará determinando la relevancia económica de la concentración, y para hacer eso la Ley anteriormente citada establece el umbral para realizarlo, pues como se ha mencionado, es necesario determinar este umbral para saber que operaciones necesariamente deberán realizar este procedimiento y cuáles no, agilizando las operaciones en el mercado y evitando evaluaciones innecesarias.

La ley determina en su artículo 6, dos tipos de umbral cuantificables para efectuar el control previo de la concentración económica:

- a. Que el valor de la suma total de las ventas realizadas o los ingresos brutos anuales dentro del país donde se encuentren las empresas solicitantes,

hayan alcanzado un valor igual o superior a las 118 mil UIT, en otras palabras, cuando supere los S/495,600,000.00 de soles.

- b. Que el valor de las ventas o ingresos brutos obtenidos en el país de las empresas que busquen la fusión o compra de la otra, haya alcanzado durante el año anterior a la fusión o compra un valor igual o superior a las 25 mil UIT, en otras palabras cuando el valor de la empresa sea superior a los S/105,000,000.00 de soles.

Ahora entrando netamente al procedimiento tenemos que existen unas características principales mencionadas a lo largo de la nueva Ley que difieren con la planteada, la cual efectivamente podrá brindar una mejora a la protección del mercado y a sus consumidores.

Esto se ve reflejado en su artículo 17, al establecer la consulta previa a la presentación de la solicitud de autorización, la cual establece que las empresas solicitantes podrán realizar consultas de manera individual o conjunta al ente encargado, con la finalidad de precisar si su operación se encuentra dentro del alcance del control previo, incluyendo los umbrales previstos por la ley.

Se añaden ciertos actos de concentración empresarial que no deben ser sometidos a la presente Ley, siempre y cuando el crecimiento de una empresa, que se realice mediante inversión propia o con recursos de terceros, no produzca efectos en todo o en parte del territorio nacional; el control lo adquiera una persona en virtud de un mandato temporal dispuesto por autoridad pública conforme a la legislación relativa al procedimiento de reestructuración patrimonial, convenio de acreedores, la caducidad o denuncia de la concesión, u otro procedimiento análogo, entre otros, los cuales agilizan el desarrollo de la concentración empresarial, pues como recordamos y se mencionó anteriormente este no es de plano perjudicial para el mercado y para los consumidores.

Si bien en el proyecto planteado se hace mención a dos fases del proceso, en la presente Ley hay ligeros cambios en cuanto a los plazos los cuales serán mencionados a continuación:

Tabla N°10:

Cuadro resumen de las fases en el control previo¹⁸⁷	
PRIMERA FASE	SEGUNDA FASE
Admisión a Trámite - 30 días hábiles.	Admisión a Trámite - 30 días hábiles. Duración 90 días hábiles. Prorrogable por 30 días hábiles.
La Comisión de Defensa de la Libre Competencia puede resolver que la concentración no se encuentra comprendida en el ámbito de la Ley o no genera mayores problemas al mercado y en caso se genere se procede con la segunda fase.	La Comisión debe publicar un breve resumen de la resolución que sustenta la segunda fase, de manera que los terceros con interés legítimo puedan presentar información relevante, y puede solicitar cualquier información que considere relevante para la resolución del procedimiento. Las empresas involucradas pueden presentar una propuesta de compromisos destinados a evitar o mitigar los posibles efectos que pudieran derivarse de la operación de concentración empresarial

El punto final de esta nueva Ley son las sanciones establecidas, que si bien van dentro de los mismos niveles, planteados en la propuesta, se encuentran con una sanción económica superior a las 1000 UIT siempre que dicha multa no supere el 12% de las ventas o ingresos brutos percibidos, en base a lo establecido en el artículo 43 del Decreto Legislativo 1034 y dividen las conductas de la siguiente manera.

¹⁸⁷ Cuadro resumen de las fases en el control previo. Realización propia.

Considerada como leves, aquellas cuando no se ha presentado la solicitud de autorización mediante el procedimiento de control previo; las graves cuando se ejecuta una operación de concentración económica antes de haber sido sometida al control, antes de que se emita la resolución del órgano competente o cuando aún no se ha aplicado el silencio administrativo positivo; y las muy graves cuando se incumpla o contravenga lo establecido en la resolución emitida por la autoridad competente, se ejecute la concentración a pesar de haber sido denegada o se obstruya la labor de investigación.

A lo largo del trabajo y de la comparación entre la propuesta legislativa y la ley planteada podemos ver que existe la necesidad de control previo de las fusiones, adquisiciones y concentraciones empresariales, con la finalidad de regular y proteger al mercado y a los consumidores antes de que se produzca el daño, pues si bien en principio existe el Decreto Legislativo 1034 que regula los daños causados una vez producido el daño, debemos tener en cuenta el fin preventivo de la norma y buscar, proteger el interés de los ciudadanos.

CONCLUSIONES

1. Las concentraciones empresariales, son las agrupaciones de dos o más empresas existentes en el mercado, a través de acuerdos, fusiones o adquisiciones, logrando de esta manera que las empresas involucradas repartan el poder de decisión, eliminando o reduciendo la figura de un intermediario, en muchos casos este suceso es perjudicial para el consumidor pues provoca una reducción significativa en la libertad y la diversidad del mercado, pues existe una disminución en las empresas ofertantes. La protección ofrecida por el Estado peruano es limitada pues se encuentra a la espera que estas concentraciones realicen actos contrarios al ordenamiento jurídico nacional, como el abuso de la posición de dominio o la concertación de precios.
2. Las distintas legislaciones materia de análisis nos muestran que el control preventivo realizado, resulta en la aprobación inmediata de la unión de las empresas solicitantes, sin generarle mayores pérdidas o trabas, generando así un control más eficaz, pues el ente rector puede determinar las posibles variables que se presenten una vez se inicie el nuevo negocio, para lo cual, ante un posible incumplimiento o falta, este sea sancionado de manera eficaz, pues conoce las empresas que han sido fusionadas o adquiridas, manteniendo un control constante.
3. Gracias al control de fusiones establecido en el sector eléctrico, se ha obtenido una experiencia importante para la regulación de las concentraciones que generen prácticas abusivas perjudicando el mercado y se puede comprobar que se ha incrementado el número de empresas de generación eléctrica en el mercado peruano, suceso mediante el cual podemos decir que existe un riesgo mínimo de colusión al existir un número elevado de participantes en el mercado.
4. Como hemos visto en nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución no prohíbe los monopolios o los oligopolios, lo que si prohíbe son las prácticas abusivas de estos. Se propone como resultado que la propuesta de ley planteada tenga por finalidad poner una barrera, la cual impida que muchos

agentes económicos realicen operaciones de concentración que pudiesen llegar a afectar la libre competencia en el mercado, o que realicen prácticas abusivas de sus posiciones de dominio o de sus posiciones monopólicas, promoviendo de esta manera una eficiencia económica en los mercados, para lograr así el bienestar de los consumidores.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ALVAREZ ARJONA, José. *Fusiones y adquisiciones de empresas*, Navarra, Editorial Aranzadi S.A, 2004.
2. BENEYTO PEREZ, José María. *Control de Concentraciones Empresariales*, Madrid, DYKINSON S.L. 2005.
3. CAMACHO GUTIERREZ, Walter. *La Constitución Comentada*, GACETA JURIDICA, Tomo I, 2005.
4. COLOMA, Germán. "Defensa de la Competencia". Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina 2003.
5. FEDERICO PACE, Lorenzo. *Derecho Europeo de la Competencia*, traducido por Paloma Lopez- Carceller, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. 2007.
6. GALLEGOS MOLINA, Luis. *Economía Social de Mercado, Medio Ambiente y Responsabilidad Social Empresarial*, Lima, Impresiones de Tarea Asociación Gráfica Educativa, 2008, pp. 12-13.
7. GOMEZ MARTINEZ, Raúl. *Métodos aplicados de valoración y adquisición de empresas*, Madrid, Editorial DELTA, 2015.
8. MARIN XIMENEZ, José. *Fusiones y adquisiciones en la práctica*, México DF, Editorial Cengage Learning, 2008
9. MARKERT, Kurt. *Monopolio y Derecho*, Valparaíso, Edeval 1988
10. MARTINEZ MEDRANO, Gabriel. *Control de los Monopolios y Defensa de la Competencia*, Buenos Aires, Depalma Buenos Aires 2002.
11. MEIGS, Robert, WILLIAMS, Jan, HAKA, Susan, BETTNER, Mark, Contabilidad, "La base para decisiones gerenciales", Undécima Edición, Bogotá: Editorial McGraw-Hill Interamericana. 2000
12. MONTROYA MANFREDI, Ulises. *Derecho Comercial*, Novena edición, Lima, Editora Grijley, 1998.
13. PEÑA, Julián. *Control de Concentraciones Empresariales*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002.

14. PERES-IÑIGO, Juan, *Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*, Madrid, Editorial McGraw Hill Interamericana de España S.A, 2016.
15. PERES-IÑIGO, Juan. *Fusiones y adquisiciones de empresas*, Madrid, Editorial McGraw Hill Interamericana de España S.A, 2005
16. PEREZ GOMEZ, Alberto. *El control de las concentraciones de medios de comunicación en el derecho español y comparado*, Editorial Dykinsol, Madrid, 2002.
17. REYES VILLAMIZAR, Francisco. *Derecho societario en Estados Unidos: Introducción comparada*, Tercera Edición, Bogotá, Editorial Legis.

Artículos de revistas:

18. ALARCON PEÑA, Andrea. *La libre competencia económica en el derecho colombiano: una revisión desde la economía social de mercado y sus implicaciones normativas*, Revista Prolegómenos - Derechos y Valores, 2016, 109-124.
19. BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La constitución de 1993, Análisis Comparado*. Quinta edición, Oré Editora Rao SRL, Lima, 1999, p.24.
20. DIEZ ESTELLA, Fernando. “*Los Objetivos del derecho Antritrust*”, *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, N°224, Marzo/Abril 2003, 32-52
21. DURAND CARRION, Julio. “*Necesidad de regular el control de fusiones en el Perú como mecanismo de defensa de la libre competencia*”, Centro de investigación en derecho concursal y propiedad intelectual, competencia y protección al consumidor, Lambayeque, Universidad San Martín de Porres 2014.
22. HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. “*INTERESES AFECTADOS POR LA FORMACION DE LOS GRUPOS DE EMPRESAS Y SUS MECANISMOS DE PROTECCION*”, *GACETA JURIDICA*, Tomo 60 - Noviembre 1999.
23. LIZANA, Claudio y PAVIC, Lorena “*Control preventivo de fusiones y adquisiciones frente a la legislación antimonopolios*” *Revista Chilena de Derecho* Vol. 29 Nro. 3 Sección Estudios 2002

24. MIRANDA LONDONO, Alfonso. *Antitrust merger policy in Colombia*. Cornell International Law Journals, Comparative Antitrust Policies in mergers and Acquisitions, Volumen 43, 2009, 365-379.
25. OLIVOS CELIS, Milagros. Fundamentos constitucionales de la economía social de mercado en la economía peruana. Revista de investigación Jurídica IUS, Volumen II. p. 1-27
26. OLIVOS CELIS, Milagros. “El Control Previo de las Concentraciones Empresariales en una Economía Social de Mercado – Análisis del Caso Peruano”. Revista de investigación Jurídica IUS, Volumen III. p. 1-27.
27. TAVARA MARTIN, José Ignacio y DIEZ CANSECO NUÑEZ, Luis José. Estabilizando el péndulo control de fusiones y concentraciones en el Perú. THEMIS N° 47, pp 159-173.

Tesis de investigación:

28. AGUILAR OLIVERA, Ludgerio. “Fusiones y adquisiciones: un análisis de la concentración bancaria en Perú, España, Universidad Complutense de Madrid, 2016, p. 42.
29. CASTELLANOS FERNANDEZ, Ginno. *ADQUISICIÓN DE EMPRESAS EN PROCESO CONCURSAL*, Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho de la Empresa, Lima, P.U.C.P., 2014.
30. CUADROS CORDERO, Antonio y LOPEZ GONZALES, Gerardo Arturo. “Análisis de condiciones de competencia en el mercado de generación eléctrica en el Perú, periodo 2010-2014” Escuela de Posgrado, Maestría en Economía, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015.
31. GUZMAN REAÑO, Neyla. *Monopolios Naturales: aplicación práctica al sector de distribución eléctrica en el Perú*, Tesis para optar el grado de Ingeniero Eléctrico, Lima, Universidad Nacional de Ingeniería, 2010.
32. SARANGO SEMINARIO, Luis. *CONTROL O NO CONTROL DE FUSIONES EN LA INDUSTRIA REGULADA: Extendiendo el caso del Sector Eléctrico al Mercado de Gas Natural*, Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho

de la Empresa, con mención en regulación de servicios públicos Lima, P.U.C.P., 2010

33. OLIVOS CELIS, Milagros. *FUNDAMENTOS PARA ESTABLECER EL CONTROL PREVIO DE LAS CONCENTRACIONES EMPRESARIALES EN UNA ECONOMIA SOCIAL DE MERCADO: CASO PERUANO*, Tesis para optar por el grado de Titulado, Lambayeque, USAT, 2011.

Lincografía:

34. ALARCO, Germán. *Control de Fusiones: propuesta por el congresista Lescano*, 2017, disponible en: <http://blogs.gestion.pe/heredias-economicas/2016/12/control-de-fusiones-propuesta-del-congresista-lescano.html>.
35. EQUILIBRIUM CLASIFICADORA DE RIESGO. Análisis del Sector Eléctrico Peruano: Generación, Marzo del 2018, disponible en: <http://www.equilibrium.com.pe/sectorialelectrmar18.pdf>.
36. ANDRADE, Dennys. "Economías de Escala", Economía y Finanzas Internacionales, disponible en: www.puceae.puce.edu.ec/efi/index.php/economia-internacional/14-competitividad/20-economias-de-escala.com.
37. ARAGON, Ismael. "El mercado de electricidad en el Perú", Circulo de Derecho Administrativo, Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/download/13529/14155>.
38. ARANGO, Ángel. *Los medios de Comunicación*. Obtenido en: http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/ayudadetareas/comunicacion/los_medios_de_comunicacion.
39. ARBULÚ CELI, Juan Antonio. El control previo en las concentraciones empresariales como sistema de defensa de la competencia. Ita lus Esto. Disponible en: <http://www.itaiusesto.com/el-control-previo-en-las-concentraciones-empresariales-como-sistema-de-defensa-de-la-competencia/+&cd=1&hl=en&ct=clnk&gl=pe>.

40. BONET, Antonio y FERNANDEZ, Pablo. *Fusiones, adquisiciones y control de las empresas*, 2016 [ubicado el 19 de Abril del 2017]. Obtenido en <http://web.iese.edu/pablofernandez/docs/16.fusionesBonet.pdf>
41. Boletín Empresarial. INDECOPI reitera que no existe ley para control de fusiones. Disponible en: <http://aempresarial.com/web/informativo.php?id=41026>.
42. Boletín Empresarial. Ministerio Economía y Finanzas – No se puede permitir el abuso de posición de dominio. 2018, Disponible en: <http://aempresarial.com/web/informativo.php?id=41055>.
43. BULLARD, Alfredo; FALLA, Alejandro y ROLDAN Nicole. In God we trust all others bring data, ¿Debe haber un control de fusiones empresariales en el Perú? Disponible en: http://www.lampadia.com/assets/uploads_documentos/c8bc8control_de_fusiones_214962_alfredo-bullard.pdf.
44. BULLARD GONZALES, Alfredo. “Los monopolios en la constitución, entre el mito y la verdad”, Obtenido en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/download/14278/14898>.
45. CAMPODONICO, Humberto. *Bloqueando el abuso*, 2015. Disponible en: <http://larepublica.pe/impresia/opinion/729285-bloqueando-el-abuso>.
46. CHANAME ORBE, Raúl. *La Ley Sherman en Acción*. Obtenido en: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:pYz9HmxmWKAJ:revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/derecho/article/download/10879/9798+&cd=1&hl=en&ct=clnk&gl=pe>.
47. Comisión Nacional de los Mercados de la Competencia. Obtenido en: <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/competencia/concentraciones>
48. Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos - CONFIEP. LEY DE PROMOCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA Y LA EFICIENCIA EN LOS MERCADOS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES P.L. N° 972/2011-CR, Disponible en: <http://www2.congreso.gob.pe/sicr/comisiones/2011/com>

2011defconorgregserpub.nsf/pubsfoto/F105BF003141430F05257A1B00751299/%24FILE/PRESENTACI%C3%93N_CONFIEP_PARTE_1-1.PDF.

- 49.El Comercio: “Fusión de AB InBev y SABMiller generará nuevo rey de la cerveza”, disponible en: <http://elcomercio.pe/economia/mundo/fusion-ab-inbev-y-sabmiller-generara-nuevo-rey-cerveza-noticia-1848096>. 2018
- 50.El País. El dueño de las cervezas del Perú controla el 95% del mercado, disponible en: http://economia.elpais.com/economia/2016/05/12/actualidad/1463052882_279197.html 2018
- 51.ElROA, Tamara. *Los españoles se pasan casi cuatro horas al día delante de la televisión*. Obtenido en: <https://www.lavozdegalicia.es/noticia/television/2016/11/22/espanoles-pasan-cuatro-horas-dia-delante-television/00031479816493565413239.htm>
- 52.El acceso al Derecho de la Unión Europea. Obtenido en: http://eur-lex.europa.eu/summary/chapter/competition.html?locale=es&root_default=SUM_1_CODED%3D08.
- 53.El control previo de las concentraciones y fusiones y la defensa de la competencia en los mercados, Obtenido en: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/00A6A0BDA7BB6B140525804500757AC0/\\$FILE/NOTA210116.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/00A6A0BDA7BB6B140525804500757AC0/$FILE/NOTA210116.pdf).
- 54.Federal Trade Comission. Obtenido en: <https://www.ftc.gov/about-ftc>.
- 55.Gestión, Colegio Químico Farmacéutico advierte alza de precios de medicinas por compra de Mifarma. 2018. Disponible en: <http://gestion.pe/tu.dinero/finanzas-personales/colegio-quimico-farmaceutico-advierte-alza-de-precios-medicinas-compra-mifarma-225954?href=mwapp>.
- 56.Gestión. Fusiones y adquisiciones en Perú: Hacia donde irá en el 2018, según BCG. Disponible en: <https://gestion.pe/economia/fusiones-adquisiciones-peru-ira-2018-bcg-227680>.
- 57.GESTION. *Control de Fusiones: propuesta del congresista Lescano*, 2016 [ubicado el 19 de Abril del 2017]. Obtenido en

- <http://blogs.gestion.pe/heredias-economicas/2016/12/control-de-fusiones-propuesta-del-congresista-lescano.html>.
58. Gobierno de España. *Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado*, Obtenido en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-12946>.
59. Ibídem Law & Strategy. *El control de las concentraciones empresariales*, Obtenido en: <http://www.ibidem.com/el-control-de-las-concentraciones-empresariales/>.
60. INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK. *El control de concentraciones empresariales*, 2004 [ubicado el 19 de Abril del 2017]. Obtenido en <http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/38858956.pdf>.
61. La historia de la Unión Europea. Obtenido en: https://europa.eu/european-union/about-eu/history_es.
62. La República. *Indecopi: Indemnizarán a consumidores por perjuicios económicos*, 2016 Obtenido en: <http://larepublica.pe/sociedad/823095-indecopi-indemnizaran-consumidores-por-perjuicios-economicos>.
63. La República. *Ley de Control de Fusiones Divide a Empresarios e Instituciones*. 2018, Disponible en: <http://larepublica.pe/economia/1199384-ley-de-control-de-fusiones-divide-a-empresarios-e-instituciones>.
64. LINDE, Luis. *Competencia: ¿Qué se defiende?, ¿a quién se defiende?*, Obtenido en: <http://www.revistadelibros.com/articulos/la-politica-antitrust-la-defensa-de-la-competencia>.
65. MARSHALL, Alfred. *Derecho de la competencia- Antitrust law*, Obtenido en: <http://derechoycompetencia.blogspot.pe/search/label/Concentraciones%20econ%C3%B3micas>
66. NICOLE ROLDAN, Paula. *Los Monopolios*. Obtenido en: <https://economipedia.com/definiciones/monopolio.html>
67. Organisation For Economic Co-Operation an Development. *“El control de concentraciones empresariales”* Obtenido en www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/38858956.pdf

68. Parlamento Europeo, *30 años de la firma: Tratado de Adhesión en España a la UE*. Obtenido en: http://www.europarl.europa.eu/spain/es/sala_de_prensa/communicados_de_prensa/pr-2015/pr-2015-junio/30a.html
69. PERÚ21. *Proyecto de ley sobre concentración empresarial bajo análisis*, 2016 [ubicado el 19 de Abril del 2017] Obtenido en <http://peru21.pe/economia/proyecto-ley-concentracion-empresarial-bajo-analisis-2258711>.
70. PEREZ PORTO, Julián y GARDEY Ana. *Definición de Monopolio*, 2012 Obtenido en: <https://definicion.de/monopolio/>
71. REBAZA, Alberto. *El control de las adquisiciones y fusiones en la nueva ley antimonopolio del sector eléctrico: Una raya más al tigre del intervencionismo*, Obtenido en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5109701.pdf>
72. ROMAINVILLE IZAGUIRRE, Miriam, *Semana Económica: Control Previo de Fusiones y Adquisiciones cobra relevancia*. Disponible en: <http://semanaeconomica.com/article/legal-y-politica/marco-legal/264841-control-previo-de-fusiones-y-adquisiciones-cobra-relevancia-ley-se-discutira-en-febrero/> 2018.
73. ROJAS PINEDO, Yubitza. *El abuso de posición de Dominio de Telefónica del Perú*. 2015 [ubicado el 19 de Agosto del 2017]. Obtenido en http://www.derecho.usmp.edu.pe/sapere/ediciones/edicion_5/articulos/5_El_abuso_de_posicion_de_dominio_de_Telefonica_del_Peru.pdf
74. ROSA GARCÍA, Alfonso. *Características del Monopolio – Microeconomía II*. Obtenido en : <https://youtu.be/z0hoPPcPuvo?list=PLelUqgJo6lCSCCh2rOfSicQ2iPYOXf0VX0>
75. SANCHEZ ZEGARRA, Elías. *¿Mayor Competencia en el sector eléctrico peruano?*, disponible en: <http://revistas.upc.edu.pe/index.php/economia/article/view/308>.

76. Semana económica. Inretail controla cerca del 95% de las cadenas de farmacias. 2018. Disponible en: <http://semanaeconomica.com/article/sectores-y-empresas/consumo-masivo/264700-inretail-compro-quimica-suiza-dueno-de-mifarma-por-us583-millones/>
77. Semana económica. Ceo de Inkafarma tras compra de Mifarma: "Vamos a Mantener los dos Modelos" 2018 <http://semanaeconomica.com/article/sectores-y-empresas/consumo-masivo/264771-ceo-de-inkafarma-tras-compra-de-mifarma-vamos-a-mantener-los-dos-modelos/>
78. Semana Económica. MEF: Control de fusiones mal implementado podría generar corrupción. Disponible en: <http://semanaeconomica.com/article/legal-y-politica/marco-legal/220321-mef-control-de-fusiones-mal-implementado-podria-generar-corrupcion/?ref=a-ari> 2017.
79. Semana Económica. Indecopi: "Cualquier mecanismo de control previo de fusiones requiere un umbral razonable". Disponible en <http://semanaeconomica.com/article/legal-y-politica/marco-legal/264900-indecopi-cualquier-mecanismo-de-control-previo-de-fusiones-requiere-un-umbral-razonable/> 2018.
80. Sistema Argentino de Información Jurídico. Obtenido en: <http://www.saij.gob.ar/legislacion/ley-nacional-11210.htm#>.
81. SOTO-PINEDA, Jesús. *Consumer protection as the primary purpose of defense of competition: The United States, European and Colombian experience* 2014. Obtenido en: <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/4061/3901>.
82. TAMBUSI, Carlos. *Antitrust in Argentina: Constitutional Aspects Linked to the Right of Users and Consumers*, Obtenido en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5157874.pdf>.
83. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Obtenido en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>.

84. The *Boston Consulting Group (BCG)* Disponible en: <https://www.bcg.com/>.
85. Unión Europea. Obtenido en: https://europa.eu/european-union/topics/competition_es.
86. Universidad de la República, Facultad de Ciencias Económicas y Administración, Microeconomía Avanzada, *Monopolio Natural y Regulación Económica*. Obtenido en: <http://decon.edu.uy/~mito/monopolio%20natural.pdf>
87. U.S. Departamento de Justicia de EE.UU. La coacción antimonopolios y el consumidor. Obtenido en: <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2013/01/31/antitrust-enfor-es.pdf>
88. VALDIVIEZO, Claudia. Semana Económica, Proyecto de Ley Antimonopolio, las claves de un debate que se retoma. Disponible en: <http://semanaeconomica.com/article/legal-y-politica/marco-legal/202037-proyecto-de-ley-anti-monopolio-las-claves-de-un-debate-que-se-retoma/>
89. Watching International Economy. *Antimonopolio y Regulación*. Obtenido en: <https://watchinginternationaleconomy.wordpress.com/2009/04/23/antimonopolio-y-regulacion/>.
90. ZENARRUZA, Andrés. *La nueva ley de defensa de la competencia y sus efectos sobre las concentraciones y fusiones*, Obtenido en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/75/la-nueva-ley-de-defensa-de-la-competencia-y-sus-efectos-sobre-las-concentraciones-y-fusiones.pdf>.
91. ZOZAYA GONZALES, Néboa. *Las fusiones y adquisiciones como fórmula de crecimiento empresarial*, 2007 [ubicado el 19 de Abril del 2017]. Obtenido en <http://www.ipyme.org/Publicaciones/Las%20fusiones%20y%20adquisiciones%20como%20formula%20de%20crecimiento%20empresarial.pdf>.

Normativa nacional e internacional:

92. Sherman Anti-Trust Act 1890. Estados Unidos, Obtenido en:
<https://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=false&doc=51>.
93. Clayton Antitrust Act 1914. Estados Unidos, Obtenido en:
<https://www.britannica.com/event/Clayton-Antitrust-Act>.
94. Ley 22.262 Defensa de la competencia. Argentina, Obtenido en:
<http://www.tandil.gov.ar/legalytecnica/pdf/ley25156.pdf>
95. Ley N° 25.156. Ley de Defensa de la Competencia. Argentina, Obtenido en:
<https://www.economia.gob.ar/concursos/biblio/LEY%2025156-99%20DEFENSA%20DE%20LA%20COMPETENCIA.pdf>.
96. Consejo de la Unión Europea, Directiva 94/45 de 22 de septiembre DOL.
Obtenido en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2011-8777>
97. Ley 15/2007. Ley de Defensa de la Competencia, España, Obtenido en:
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-12946>.
98. Resolución de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia N° 0623-2014/SDC-INDECOPI.
99. Ley N°26876 Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico.